

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

LA
DÉCLARATION DE VOLONTÉ
DANS LES CONTRATS

*(Considérée au point de vue spéculatif et dans son application
par la législation moderne allemande)*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le samedi 5 décembre 1903, à 2 heures de l'après-midi

PAR

Norbert GALLIOT

Avocat à la Cour d'appel
Lauréat de la Faculté de droit
(Prix Demolombe)

CAEN

Imprimerie Charles VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU, 7 ET 9

1903

LA
DÉCLARATION DE VOLONTÉ
DANS LES CONTRATS

*(Considérée au point de vue spéculatif et dans son application
par la législation moderne allemande)*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

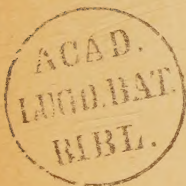
DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le samedi 5 décembre 1903, à 2 heures de l'après-midi

PAR

Norbert GALLIOT

Avocat à la Cour d'appel
Lauréat de la Faculté de droit
(Prix Demolombe)

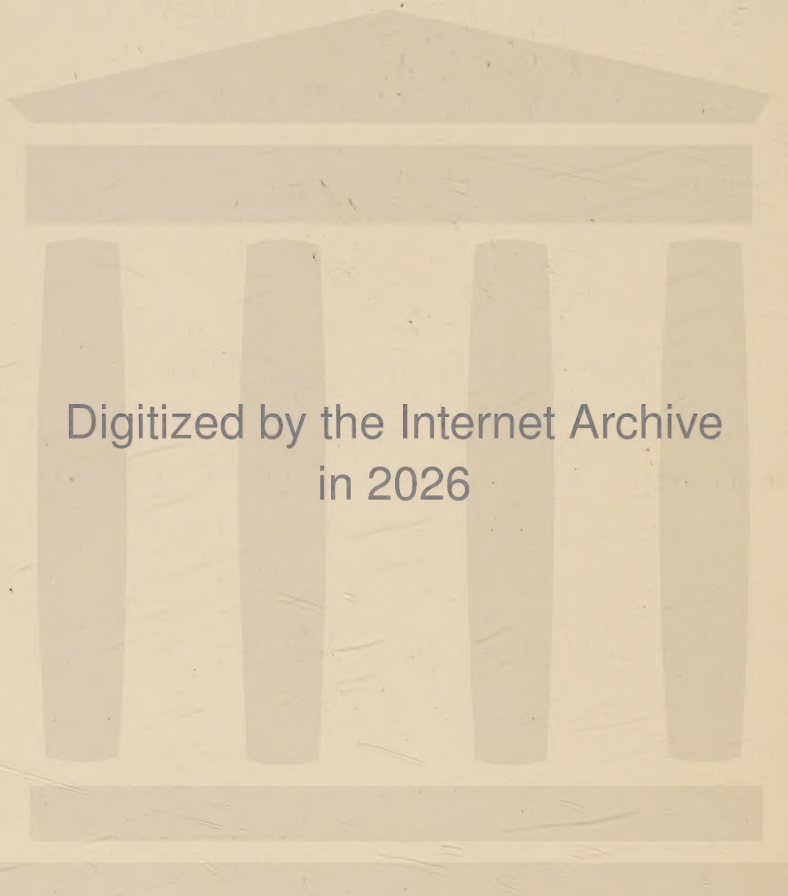


CAEN

Imprimerie Charles VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU, 7 ET 9

—
1903



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Illis qui exemplis me veritatem et justitiam diligere
docuerunt :

PARENTIBUS ET MAGISTRO GUILLOUARD

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1903-1904

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (✱, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ☉), assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (✱, I. ☉), professeur d'*Économie politique*, chargé du cours de *Droit constitutionnel comparé*.

LAISNÉ DES HAYES (✱, A. ☉), professeur de *Droit civil*.

GUILLOUARD (✱, I. ☉, C. ✱, G. O. ✱, C. I. C. ✱, O. ✱ L. ✱), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Droit civil*, ancien Ministre de la Justice, chargé du cours de *Législation financière*.

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public et privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

MM. BIVILLE (A. ☉), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY (A. ☉), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français* et du cours de *Pandectes*.

LE FUR, professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, professeur de *Droit romain* et chargé du cours sur la *Coutume de Normandie*.

AGRÉGÉS :

DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GENESTAL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français* et d'*Histoire du Droit public français*.

ALLIX, chargé des cours d'*Economie politique* (doctorat), et d'*Histoire des doctrines économiques*.

SECRÉTAIRE

M. GILLET (I ☉), secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

JURY D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, *professeur*, PRÉSIDENT DE LA
THÈSE.

DEBRAY, *professeur*.

DEGOIS, *agrégé*.

BIBLIOGRAPHIE

SIEGEL. — *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutig. R.* — Vienne, 1874 (p. 20 ss , 42 ss.)

STOBBE. — *Reurecht und Vertragsschluss nach ält deutsch. R.*, dans *Zeitschrift für Rechts Geschichte*, XIII. p. 257 ss et *Deutsch. privat R.*, III, § 168, note 17.

BRINZ. — *Pandekten*, § 248, notes 38 ss., 35-37-40-42, id. 1888, § 432 ss.

WINDSCHEID. — § 304, note 12 et § 307, note 7, § 306, notes 5 et 6 — 307, note 5.

SALEILLES. — I. *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand.* — Paris, Pichon 1890. Caen. 40.707.

II, *La déclaration de volonté dans le nouveau Code civil allemand*, principalement pp. 227-228.

DERNBURG. — *Pand.*, § 9, notes 6 à 8.

PERNICE. — *Labeo*, T. I, p. 105, et *Revue de Goldschmidt Zeitsch. f. Handelsr.* T. 20, p. 290.

D'après Saleilles, I, supra	{	KRUGER. — <i>Geschichte der Capitis Deminutio</i> , I, p. 341 ss. Mommsen, <i>Staats Recht</i> , T. I, édit. 1876, p. 231, note 1 — Karlowa, <i>das Rechtsgeschäft und seine Wirkung</i> , 1887, p. 273. — Mommsen, <i>Erörterungen</i> . II, p. 134 ss.

- BEKKER. — *Pand.* 1886, § 69, *Beilage, I*, et Meischer, *die Bekker Beiträge* fasc. 3, p. 67, chez Saleilles, *ibid.*
- ENDEMANN. — *Handelsrecht*, § 117, notes 30-31. *Regelsberger* dans Endemann, *Handbuch*, § 248, note 2.
- MEULENAËRE. — *Traduction du Code civil allemand*. — Paris Chevalier Marescq, 1897 (bibl. Caen) 44.388.) Art. 114-115-145 157, etc.
- O. BULOW. — *Das Geständnissrecht* (L'aveu, (p 106 ss.)
- PANDECTES FRANÇAISES. — *Bail*, n° 1197.
- PLANCK. — *Bürgerliches Gesetzbuch*, pp. 163 ss.
- ENDEMANN. — *Einführung in das Studium des B. G. B.*, p. 294, note 5.
- REGELSBERGER. — *Pandekten*, 1^{er} vol., p. 512, note 3 l
- ED. MEYNIAL. — *La déclaration de volonté*, revue trimestrielle de droit civil (Larose), fascicule 3, 1^{re} année, p. 545.
- ISAY. — *Die Willenserklärung im thatbestande des Rechtsgeschäfts*.
- GUIHAIRE. — (Thèse) *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*. (Bibl. Caen 46.203.)
- G, DEREUX. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, p. 513, — 1902, p. 105. Février, tome 37.
- DUGUIT. — *L'État, le droit objectif et la loi positive* (pp. 4-130-193-226-559 ss.) (B. C. 130.770.)
- WORMS. — *De la volonté unilatérale comme source d'obligation*. — Droit romain et droit français (thèse). — Paris 1891, B. C., 12967.

- TARDE. — *Des transformations du Droit*, chapitre 5, § 119, n. 124, B. C., 42019.
- FOUILLÉE. — *Psychologie des idées forces*. — Paris Alcan 1893, t. 2 p. 213. — *Evolutionisme*, id. id. — *L'idée moderne du Droit* id. 1883. (B. C. 42365, 40562 39660). — *Science sociale contemporaine*, 1880, p. 394.
- BOISTEL. — *Cours de philosophie du droit*, 1899.
- SCHLOSSMANN. — *Der Vertrag*, § 11 ss.
- GENY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. — 1899 (B. C. 15885). Préface de cet ouvrage par M. Saleilles.
- GRAFFA. — *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, dans *Gurisprudenzia italiana*. — Année 1828.
- IHERING. — *Zweck im Recht*, t. 1, § 25 (1877)
- DURKHEIM. — *Division du travail social*. — 1895, p. 255 ss.
- HERBERT SPENCER. — *Principes de sociologie*
- LOCKE. — *Essay on civil government*, chapitre 8, n° 101. 102
- BLAKSTONE. — *Commentaries on the laws of England*. Introduction, part. 2. t. 1. Oxford, 11778
- ESMEIN. — *Éléments de droit constitutionnel*, art. 2, chap. 2, note § 1, 158.
- PLANIOL. — *Manuel de droit civil*. — 2^e édit., t. 2, p. 125, 254, § 7, 837, etc.; t. 3, p. 46; t. 2, p. 994 971, 972.
- AUBRY ET RAU. — t. 3, § 294 note 34.
-

DE LA

DÉCLARATION DE VOLONTÉ

DANS LES CONTRATS

(Considérée au point de vue spéculatif et dans son application
par la législation moderne allemande)

Le contrat paraît à celui qui n'y réfléchit pas une chose toute simple et toute naturelle ; et, quand on a vu les auteurs allemands s'attaquer aux idées traditionnelles que l'on s'en faisait en général, on a parlé d'esprits nuageux, d'amateurs de spéculations métaphysiques s'amusant à inventer, pour les résoudre, des difficultés factices.

Mais qu'on ouvre un recueil de jurisprudence, Dalloz ou autre, et l'on s'apercevra avec étonnement que l'interprétation des contrats est une source abondante, une source inépuisable de difficultés et de décisions contradictoires. Tantôt, en effet, les magistrats s'attachent au texte même de la convention ; tantôt, au contraire, ils recherchent avec une minutie extrême ou une hardiesse étonnante (car elle semble aboutir à

des solutions arbitraires) l'intention plus ou moins obscure et secrète des parties. Il n'est même pas sans exemple que, sous prétexte d'interprétation, certains tribunaux aient corrigé des conventions particulières. Quels que soient les motifs de ces décisions, il y a là des contradictions, des incohérences dans la méthode employée pour arriver aux solutions des espèces concrètes, qui permettent de se demander si ces divergences ne proviennent pas d'une notion obscure, ou plutôt erronée, de l'idée même de contrat et de l'importance respective des éléments qui concourent à donner à cet acte juridique sa force obligatoire : volonté individuelle, bonne foi, équité, intérêt social. *A priori*, cette explication paraît vraisemblable, et, dès lors, la question devient grave, eu égard aux répercussions qu'aurait dans le droit, tant public que privé, une correction de la notion du contrat et des causes de sa force obligatoire. Mais ce n'est là d'ailleurs, à notre sens, qu'un point de vue secondaire ; et, fût-il impossible d'apercevoir aucune conséquence *pratique* possible de nos efforts, nous n'en continuerions pas moins à rechercher si l'idée qu'on se fait en général, chez nous, du contrat n'est pas rationnellement susceptible de quelques progrès. Il n'est pas d'effort inutile, dès lors qu'il tend vers la vérité (fût-il même accompli avec la certitude de ne

jamais l'atteindre). Il est donné à peu d'hommes, dans le monde des idées, de semer et de récolter, et peut-être les penseurs de demain tireront-ils des conséquences fécondes de la correction, en apparence futile, des principes admis aujourd'hui.

Qu'est-ce donc qu'un contrat ?

Si l'on procède de l'extérieur à l'intérieur, le contrat apparaît *a priori* comme un phénomène de l'ordre juridique, c'est-à-dire comme un phénomène de la vie sociale. Envisagé au point de vue de sa cause finale, il apparaît comme un moyen mis par les lois à la disposition des individus pour arriver à la satisfaction de leurs besoins économiques ou autres. Car c'est le rôle propre des institutions juridiques, non pas, comme semblent le croire certains auteurs, de plier la conduite des individus à un idéal quelconque d'équité ou de justice, mais tout simplement de fournir aux hommes les moyens les plus opportuns de satisfaire leurs besoins tout en infléchissant l'activité de chacun de manière à la faire profiter à tous les autres individus, c'est-à-dire à la société, autrement dit de chercher la plus grande somme de bonheur objectif pour chacun dans le plus grand avantage de tous et réciproquement.

Mais, si nous poussons notre examen plus avant, nous voyons que le contrat, par lui-même

et par lui seul, ne produit aucun effet dans le monde économique. Ce sont les obligations qu'il fait naître que la société sanctionnera par la mise de la force publique au service de leur sujet actif. Seules les obligations résultant du contrat sont donc des phénomènes qui, considérés uniquement au point de vue de leur but et de leurs effets, ont pour fin et pour résultat de produire des modifications dans les conditions économiques ou sociales de l'existence des particuliers.

Mais qu'est-ce maintenant qu'un contrat *in se* ? et pourquoi produit-il les conséquences que nous venons de signaler ? Cette efficacité lui vient-elle de lui-même, de par sa nature propre, ou, au contraire, lui est-elle tout entière prêtée par la loi positive et pour quelles raisons ? « Ay, there's the rub », aurait dit Hamlet, c'est là qu'est la difficulté et que naît la controverse.

La définition du contrat la plus généralement admise en France est celle qu'en a donnée Pothier. Le contrat, pacte ou convention, est, dit-il, « le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent ou pour le modifier. »

Cette définition nous apprend :

1° Que ce qui constitue le contrat, c'est le consentement ;

2° Que ce consentement doit avoir pour but d'être créateur, modificateur ou extincteur d'obligations. Cela, nous le savions déjà, puisque, par définition, le contrat est une opération juridique destinée à faire naître ou à modifier des obligations. Par conséquent, ce que nous apprend Pothier, c'est que l'élément essentiel, l'élément constitutif du contrat, c'est le consentement.

Les auteurs du Code civil français ont puisé dans les ouvrages de Pothier et de ses contemporains les conceptions juridiques théoriques de leur œuvre législative. Il est donc admissible *a priori* qu'ils ont adopté sur ce point la définition de Pothier, et c'est d'ailleurs là, *a posteriori*, l'opinion de tous leurs interprètes, notamment du plus illustre d'entre eux : Demolombe, p. 11, tome 24, chapitre 1, paragraphe 12, dit, en commentant le mot « *convention* » de l'article 1101 : « ... Or, une convention en général, c'est l'accord, le *concours* des volontés de deux ou plusieurs personnes sur le même objet : *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. (Ulpien, T. 1, § 2, ff *de Pactis*.) D'où il suit (faisant allusion aux termes de l'article 1101) que, si *tout contrat* est une *convention*, toute convention n'est pas un contrat : l'une est l'espèce, l'autre est le genre. Ce qui est caractéristique de la convention qui constitue le contrat, c'est qu'elle est consentie, comme dit encore Ulpien, « *negotii*

contrahendi causa », dans le but de créer une ou plusieurs obligations ¹ ».

Il faut donc, pour qu'il y ait contrat, qu'il y ait eu consentement, et que ce consentement ait porté sur les termes de la convention et sur sa productivité d'effets juridiques. Mais, en dernière analyse, que le consentement ait porté sur un objet ou sur un autre, c'est lui et lui seul qui est l'élément essentiel, indispensable, spécifique du contrat.

Qu'est-ce donc que le consentement ² ? Demolombe ne l'a pas exposé directement, mais il résulte de ses explications que convention et consentement sont synonymes (c. f. Demolombe, page 47, *ibid.*, chapitre 2, Du consentement, section 1, § 45), et que la convention, (de *cum venire*), c'est le concours la coexistence des volontés, de deux individus : volontés de même nature ayant un objet identique. Et les auteurs qui l'ont précédé et ceux qui se sont inspirés de lui ont admis cette manière de voir : pour eux, les volontés à considérer, ce sont les volontés

1. Demolombe fait remarquer qu'en droit français, le contrat transfère aussi quelquefois la propriété ; mais, comme c'est là une réglementation de pur droit positif et une erreur juridique sur laquelle la législation est pratiquement revenue, il n'y a pas, croyons-nous, lieu de nous y arrêter et de modifier la définition théorique du contrat qui reste essentiellement : une convention formée par les parties avec l'intention qu'elle soit productive d'effets juridiques spéciaux, qui sont les obligations.

2. Cf. PLANIOL, *Manuel* T. 2. P. 323.

phénomènes psychologiques, *les volitions*, pour emprunter un terme commode au lexique philosophique. *Les volitions sont les phénomènes psychiques isolés de leur manifestation extérieure, de leur « projection dans l'espace »*. Or, c'est à cela que l'on reconnaît que la volonté dont parlent les jurisconsultes n'est pas autre chose : les volontés qui concourent à la formation du consentement sont seules l'élément essentiel interne de la convention. Leurs manifestations, paroles, gestes, etc., n'ont par elles-mêmes aucune valeur juridique ; elles ne sont prises en considération que comme moyen de *preuve* de la production des phénomènes internes.

Seulement la convention, si certaine, si indiscutable qu'on la suppose, sera quelquefois inopérante, malgré la volonté indiscutable des parties de faire naître des effets de droit. C'est lorsque la catégorie spéciale d'effets de droit à produire ne pourra résulter que d'un « contrat solennel », quand le législateur aura surbordonné à certaines formalités l'efficacité du contrat. Et, à cette occasion, les auteurs de ce que nous appellerons volontiers l'école classique, distinguent avec soin les formalités exigées *ad probationem* de celles exigées *ad solemnitatem* dont l'omission entraîne la nullité absolue du contrat ; car, disent-ils « *forma dat esse rei* »,

c'est-à-dire que les effets de droit résultent ici de l'emploi de ces formes solennelles.

On serait tenté de croire, dès lors, qu'en droit français, les obligations contractuelles résultent tantôt du concours des volontés (contrats consensuels), tantôt de l'accomplissement de certains actes extérieurs prévus et déterminés par les lois (contrats solennels). Mais il paraît que ce serait une erreur, que la « *causa civilis* » n'existe plus, et que, dans le contrat solennel, la cause de l'obligation reste toujours le concours des volontés des parties, les formalités prescrites par le législateur n'étant que les « *conditions* » de la naissance de ces obligations.

Tel est le système admis en France par la majorité des jurisconsultes, et cela sans récrimination, sans même que la plupart d'entre eux s'étonnent qu'il soit à peu près impossible de l'accorder logiquement avec les solutions pratiques que les nécessités de la vie sociale ont imposées à la jurisprudence, mais que rationnellement il aurait dû faire repousser.

LE SYSTÈME DU CONCOURS DES VOLONTÉS AU POINT VUE RATIONNEL

Si, en effet, le concours des volontés est la seule chose essentielle dans les contrats, comment a-t-on pu admettre la validité des contrats

par correspondance (et plus encore celle des contrats collectifs) ? On a cherché à justifier par des subtilités l'admission de ces phénomènes juridiques, *parce que la vie sociale l'exigeait* et que ses nécessités ne peuvent être pliées aux conséquences logiques d'un système juridique, mais qu'il faut, au contraire, plier le droit à leurs exigences. Mais il n'en reste pas moins vrai que les explications proposées sont boiteuses, et que, dans les contrats entre absents, par exemple, les commentateurs du Code civil n'ont encore pas pu arriver à se mettre d'accord sur le moment de la formation du contrat !!!

Dans sa thèse « De la volonté unilatérale en tant que source d'obligation », Paris 1891, p. 188..., M. A. Worms a démontré l'insuffisance des explications proposées et l'impossibilité rationnelle d'expliquer par l'efficacité d'un concours de volontés la force obligatoire des contrats épistolaires : « Une fois que l'offrant a fait son offre, dit-il, il n'y songe plus. Sa volition continue à porter effet, mais, en tant que fait psychologique, elle cesse d'exister ; et, quand l'autre partie fait connaître son acceptation, elle lie l'offrant qui n'a plus l'entention expresse d'offrir, et qui peut-être a le regret formel de son offre..... *Il faudrait renoncer une bonne fois à cette idée, aussi dangereuse que fausse, d'un contrat par lettres... »*.

C'est qu'en effet, si l'on peut supposer que, dans certaines hypothèses exceptionnelles, un contrat par correspondance puisse sanctionner la coexistence de deux volitions on devra, en général, présumer, *si la coexistence est jugée indispensable à la formation du contrat*, que le contrat ne s'est pas formé. Il ne faudrait pas, en conséquence, se contenter de la preuve de l'émission des lettres, mais exiger, en outre, que les parties rapportassent *aliunde* la preuve de la coexistence des volontés psychologiques !! Passons !....

Il est une autre catégorie de contrats où la logique du système que nous combattons devrait également faire repousser énergiquement la naissance de tout lien obligatoire : ce sont les contrats collectifs. Mais de ces contrats nous ne parlerons pas, pas plus que nous ne ferons une objection au système de la coexistence des volontés, de ce qu'il n'explique pas que la pratique ait admis que l'acquisition d'un bien sur saisie résulte d'un contrat de vente. Non pas que nous n'admettions qu'une théorie juridique du contrat ne doive rendre compte de toutes les institutions qu'a fait naître la vie sociale et qui donnent lieu à des obligations contractuelles, mais parce

1. Ce que nous venons de dire s'applique *a fortiori* aux contrats par mandataire.

que notre critique, sur ce point, porterait beaucoup plus sur les principes d'où procède l'explication que nous combattons de la force obligatoire du contrat que sur l'explication elle-même, et qu'au lieu de nous lancer dans cette controverse, qui nous entraînerait trop loin, il nous paraît plus simple de rejeter le système lui-même directement. Autrement dit, il nous paraît plus logique de reprocher aux auteurs de ce système de ne pas expliquer les phénomènes dont leur système prétend rendre compte que de leur reprocher de ne pas expliquer ce dont ils n'ont, peut-être à tort, pas la prétention de fournir l'explication.

Nous limiterons donc notre étude aux contrats ordinaires, et nous verrons que, même dans un contrat ordinaire entre deux parties présentes, la coexistence des volitions doit être un phénomène rarissime.

Qu'est-ce en effet qu'une volition ? Un phénomène psychologique instantané comme la pensée, dont ce n'est, après tout, qu'une forme. Il y a, par conséquent, les plus grandes chances pour que la pensée volitive de l'auteur de l'offre ait cessé d'être, psychologiquement parlant, au moment où la pensée de l'acceptant viendra à se produire. Une fois, en effet, que la volonté de l'auteur de l'offre s'est traduite par l'émission de sa proposition, en général, elle cesse d'être, et

cependant c'est alors, mais alors seulement, que se produisent chez l'acceptant les processus psychologiques qui aboutissent chez lui à la volonté d'accepter, et ensuite à la manifestation de celle-ci. On admet, en effet, que la volonté n'est plus, dès lors qu'elle a commencé à se traduire par des actes. Le corps continue à agir, à obéir à l'ordre du cerveau ; mais celui-ci n'agit plus, et le corps ne s'arrête d'agir, qu'une fois l'ordre accompli ; ou dans le cas où interviendrait une contre-volonté inhibitive... trop tard souvent, comme dans les hypothèses où l'on est « pris au mot ».

Que si donc on peut admettre que la coexistence des volitions ne soit pas *impossible*, les données de la psychologie ne nous permettent de l'admettre que comme un phénomène *exceptionnel*. Or il est une règle de droit ainsi conçue : « Præsumptio sumitur de eo quod plerumque fit. » On devrait donc, en général, présumer, sauf preuve contraire, que le concours des volontés n'a *pas* eu lieu, et c'est précisément le contraire que l'on nous propose de faire, et c'est sur cette fiction que l'on assoit la force obligatoire des conventions privées !!¹

1. Que l'on ne vienne pas nous dire que, dans les hypothèses envisagées, l'intervalle entre les deux volitions est négligable : rationnellement il y a eu ou il n'y a pas eu coexistence, le temps ne fait rien à l'affaire ; il y a eu dans le temps deux volontés

Par conséquent, la coexistence des volontés des parties, dont les jurisconsultes de l'école classique font l'élément essentiel du contrat et, par suite, la source de ses effets obligatoires est un phénomène rationnellement invraisemblable et pratiquement fictif. Serait-ce, par hasard, que l'effet obligatoire indéniable qui résulte du contrat dans la vie courante ne résulterait pas de là, et que ce phénomène de la coïncidence des volontés serait étranger à la naissance des liens obligatoires ? Cette idée, pour contraire qu'elle soit à nos traditions juridiques, n'en mérite pas moins l'examen, car elle ne laisse pas que de paraître vraisemblable. Et pourquoi donc, en effet, la rencontre des deux vouloirs serait elle le fondement de devoirs et de droits ? Où est, dit M. Gabriel de Tarde (*Des transformations du droit*, chapitre 5, *Des obligations*, p. 119). la raison de penser, parce que deux ou plusieurs volontés ont été un instant d'accord, qu'elles devront l'être nécessairement toujours, et que la force publique (l'ensemble des autres volontés environnantes) devra sanctionner et garantir cet accord s'il lui est resté étranger, je ne dis même pas hostile ? Où est la raison de penser que le seul cas où ma volonté expri-

correspondantes, mais elles ne se sont pas rencontrées ; pratiquement, où s'arrêtera-t-on et comment préciserait-on objectivement l'instant de production des phénomènes psychologiques ?

mée devient irrévocable, ne peut plus être rétractée malgré les changements ultérieurs, même les mieux motivés, de mon vouloir est celui où quelqu'un, en même temps que moi, a voulu ce que j'ai voulu et me l'a fait savoir. »

En effet, rationnellement, la concomitance d'une autre volonté avec la mienne ne saurait créer pour moi une obligation, si rien ne prouve qu'elle soit meilleure que la mienne, et alors qu'il est certain que ce que je veux aujourd'hui j'ai le droit de ne plus le vouloir demain, et que vous êtes dans le même cas. En vertu de quel principe de psychologie, de métaphysique ou de morale perdrais-je ce droit par le seul fait que nous avons, fortuitement peut-être, voulu la même chose au même moment ? J'avoue que cela dépasse mon entendement ! !

Certains jurisconsultes ont sans doute partagé cette manière de voir, puisqu'il y a quelques années, nous avons vu apparaître la théorie de la volonté unilatérale comme source d'obligations.

LA THÉORIE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA VOLONTÉ UNILATÉRALE

Cette théorie, comme celle qui précède, fait de la volonté la source des obligations dans les contrats : elle aboutit donc, purement et simplement, à la suppression de la nécessité de la coexistence des volitions.

« Dans le contrat, comme dans les autres hypothèses où la seule volonté de l'homme peut produire des effets de droit, je suis, disent ses partisans, lié par ma seule volonté et non par sa coexistence réelle ou supposée avec celle d'autrui. M. de Tarde (*op. cit.*, p. 122, *ibid.*) écrit : « Ce n'est pas la rencontre de deux volontés qui est créatrice d'obligations, c'est l'émission d'une volonté unique. Et dans le contrat même, si on l'analyse à fond, ne trouve-t-on pas deux objets parfaitement distincts et non un seul, comme on l'a dit à tort ? Et n'y a-t-il pas là deux volontés qui, pour s'être enlacées, ne laissent pas de produire des effets juridiques jusqu'à un certain point indépendants l'un de l'autre ? »

Prenons l'hypothèse du contrat épistolaire, de plus en plus fréquent de nos jours : la simultanéité des 2 volontés, condition nécessaire de leur rencontre, n'existe que par une fiction de juriste subtil, nous croyons l'avoir établi. et certains auteurs classiques ne la soutiennent même plus. « L'auteur de l'offre, dit Demolombe, en l'émettant, a émis la volonté de former le contrat quand l'autre partie aurait accepté. Par son acceptation, l'autre partie émet une volonté analogue. Les deux volontés se rencontrent (?) et le contrat est formé ». C'est en quelque sorte, consciemment ou non, acquiescer au raisonnement de M. Worms : « Le contrat ne peut se

former que si la volonté actuelle de l'offrant concourt avec celle de l'acceptant. L'offrant a par son offre, manifesté sa volonté de maintenir, jusqu'à l'acceptation, sa volonté de contracter. Mais, si sa volonté de contracter a disparu au moment de l'acceptation, par quoi sera-t-il tenu ? Par sa première volonté, qui l'obligeait à ne pas changer d'intention. Donc, c'est toujours et uniquement par sa première déclaration, par sa déclaration de volonté unilatérale qu'il est lié. »

Par suite, la seule source de l'obligation serait la *volonté unilatérale*, et le contrat aurait cela de spécial qu'il serait un phénomène juridique où des obligations concordantes résulteraient de volontés concordantes, contemporaines et provoquées les unes par les autres.

Ce système a été soutenu en l'Allemagne par Siegel (*Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Vienne, 1874), par Stobbe, dans la « *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* », t. 13, et semble avoir pénétré dans le C. civ. allemand, dans les art. 130 et s. et 145 et s. Enfin, il a été introduit en France par M. Saleilles (« *Essai d'une théorie de l'obligation, d'après le nouveau Code civil allemand* », n^{os} 138-141 et s.), par MM. Worms, *op. cit.*, et Guihaire (thèse, Rennes, « *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté* »).

Dans ce système (en tant qu'il s'applique au contrat car il est plus vaste), l'obligation ne naîtrait que de la volonté de s'obliger, et le contrat ne serait qu'une forme de captation; qu'un phénomène juridique ayant pour effet de la rendre irrévocable par la convergence d'une autre volonté de même nature appliquée à un même objet.

Sous cette forme, cette théorie ne paraît pas bien claire, et, en réalité, nous ne croyons pas qu'elle le soit; elle s'est produite (et ses adversaires le lui reprochent avec raison. — cf. Planiol, II, p. 254, § 7, n° 831, etc. Manuel de Droit civil, 3^e édition) avec beaucoup d'atténuations, alors que, si elle était la vérité, elle devrait être émise sous une forme radicale sans réticences et tout emporter : « ce serait une vérité suprême et irrésistible, ayant en elle-même une force suffisante pour supplanter immédiatement tout autre système. On dit : la volonté individuelle est souveraine sur celui qui l'émet ; donc, l'engagement pris par une personne sous la forme d'une simple déclaration de volonté de sa part, doit posséder l'efficacité juridique de l'obligation. » Mais, tout aussitôt, on est obligé de reconnaître que, si cette volonté unilatérale n'en a pas rencontré une seconde qui vient se joindre à elle, le lien obligatoire ne peut pas se former; on avoue même que cette exigence ne pourra jamais

être supprimée (Worms, p. 198), parce que la volonté, souveraine sur elle-même, est sans effet à l'égard des tiers, et que nul ne peut devenir créancier sans sa volonté. Il ne reste donc, comme source possible d'obligations volontaires, que l'*entente* entre le créancier et le débiteur, c'est-à-dire le contrat. (Planiol, *ibid.*) Telle est la critique que les jurisconsultes classiques font de la théorie de la volonté unilatérale comme source d'obligations. Et nous croyons aussi que cette théorie ne doit pas prévaloir; mais nous le croyons par des raisons tout à fait différentes de celles qui la leur font rejeter : nous la repoussons parce que nous ne croyons pas que la volonté subjective puisse, par elle-même et par elle seule, créer une obligation.

CRITIQUE DE LA THÉORIE DE LA VOLONTÉ
UNILATÉRALE

Et d'abord, de quelle volonté nous parlent les théoriciens de la volonté unilatérale ? De la volonté *déclarée*, disent leurs écrits les plus récents; c'est-à-dire de la volonté qui n'est plus, puisqu'elle a produit tous les effets juridiques immédiats qu'elle pouvait produire quant à son auteur. Ils rejettent donc comme source d'obligations la simple volition; il faut, selon eux, que le phénomène ait produit son effet, qu'il

se soit traduit par un acte, et non par un acte quelconque, mais par un acte d'une certaine nature : un acte propre à le manifester, à exprimer aux autres hommes ce qui a été voulu. Mais pourquoi donc exiger un acte ? Est-ce que la volonté n'est pas autonome ? est-ce qu'elle ne se suffit pas à elle-même ? Et cette exigence, comme l'exigence dans le système classique de la coexistence d'une autre volonté, ne viendrait-elle pas du sentiment obscur de cette vérité que la société ne peut pas tenir compte de la volonté nue, de la volonté simple phénomène, psychologique, parce qu'ainsi que nous le disions précédemment, *la simple volition ne saurait produire aucun effet de droit* ?... Si la volonté ne peut rien à elle seule, si elle ne produit d'effets obligatoires que traduite par une déclaration, quelle est *la cause immédiate* de l'obligation, la volonté ou la déclaration ? ? ?

Et en effet, nous croyons que là est la vérité : la volonté, en tant que telle, ne saurait produire un lien obligatoire, parce qu'*isolée*, elle ne saurait avoir aucune conséquence sociale.

Voyons-nous jamais aucun phénomène psychique produire immédiatement des effets objectifs ? Nous ne croyons pas qu'on puisse en citer un seul exemple qui soit certain et scientifiquement établi. Nous voyons l'esprit humain commander à tout et bouleverser le monde par

ses effets et par les actes dont il est la *cause* ; mais, *par sa seule force*, nous ne voyons jamais la pensée produire des modifications sur le monde physique, chimique ou naturel (hormis l'individu pensant, réaction du moral sur le physique). Ne semble-t-il pas dès lors, *a priori*, invraisemblable d'admettre qu'il doive en être autrement dans le monde social, et que la pensée qui, *par elle-même et par elle seule*, ne peut immédiatement *rien* sur les choses ou sur les hommes en tant qu'êtres vivants et pensants, pourra quelque chose sur eux en tant qu'êtres sociaux ? Ne semble-t-il pas invraisemblable que les phénomènes psychologiques, alors qu'ils ne produisent, par eux seuls et immédiatement, ni conséquences chimiques (hormis le sujet pensant, bien entendu) ni conséquences physiques, astronomiques, mécaniques ou autres, puissent produire des conséquences sociales et engendrer, par le seul fait de leur existence, des phénomènes sociaux ? Car, il faut bien le dire et ne pas se lasser de le répéter, l'obligation est un phénomène exclusivement social, qu'elle soit un lien entre deux individus ou entre deux patrimoines ; elle n'a jamais été et ne sera jamais une nécessité imposée par la raison transcendante, mais simplement, au point de vue qui nous occupe, c'est-à-dire au point de vue juridique un moyen inventé par les législations pour satisfaire aux

exigences et aux besoins des individus vivant en société. Et ce n'est pas parce qu'elle naît à la charge de l'auteur de la volonté qu'elle cesse d'être un phénomène objectif.

Ne semble-t-il pas dès lors plus vraisemblable que, de même que l'esprit humain n'agit sur le monde objectif que par les actes qu'il commande au corps (lesquels actes sont la cause immédiate des phénomènes qui se produisent dans le monde objectif et dont il n'est que la cause indirecte et éloignée), de même, les actes que la volonté commande au corps, et eux seuls, sont la cause immédiate et prochaine des phénomènes juridiques.

De telle sorte que les mêmes actes de l'homme envisagés au point de vue mécanique sont la cause des phénomènes mécaniques, au point de vue chimique des conséquences chimiques et au point de vue social des conséquences sociales, phénomènes objectifs qui ont tous l'esprit comme cause suprême, mais dont aucun n'a l'esprit comme cause prochaine.

Bref, il y aurait lieu de se demander si ce n'est pas la *conduite* active ou passive par laquelle l'homme manifeste sa volonté, et non pas la volonté pure subjective, dont les lois sanctionnent les effets au moyen des obligations.

Pour nous faire renoncer à cette manière de voir *a priori*, il faudrait au moins nous démon-

trer que la volonté doit rationnellement avoir le pouvoir de s'obliger elle-même dans le domaine de la pensée pure, qui est le sien. Or, nous le répétons à la suite de Schlossmann, cela est impossible et absurde. A quoi la volonté peut-elle s'obliger?... à faire ?? Non, bien évidemment, car un acte conscient et libre ne peut résulter que de la volonté, si l'on ne se place pas dans l'hypothèse de l'hypnose ou de la folie; donc : à vouloir... Eh bien, cela ne résiste pas à l'examen. Si, au jour de son exécution, ma volonté a changé, rien en moi ne me forcera à vouloir ; et, en effet, il serait absurde que ma volonté d'aujourd'hui prédéterminât ma volonté de demain, qui sera sans doute plus éclairée et plus adéquate au but poursuivi.

Je ne serai déterminé dans ma volonté de demain que si celle d'aujourd'hui s'est traduite par des actes dont la considération constituera des motifs graves quand je pèserai les raisons de ma décision de demain; mais alors ma volonté de ce moment-là sera prédéterminée par les *effets* de ma volonté antérieure, par ce fait que la volonté précédente a *modifié* les conditions et les éléments de la détermination.

Mais supposons qu'il n'en ait pas été ainsi, et, pour cela restons dans le domaine de la pensée pure : supposons que ma volition ne s'est traduite par rien. Jamais la volonté d'aujourd'hui

ne prédéterminera la volonté de demain, et ce n'est pas parce que j'aurai dit je veux croire que Dieu existe, que je le croirai si demain le contraire m'apparaît avec évidence; ce n'est pas parce que j'aurai dit il faudra que je veuille me suicider que je voudrai me suicider au jour dit : Je me suiciderai, si je le veux, parce que je le veux à ce moment-là, et non pas *uniquement* parce que je l'aurai voulu à une époque antérieure, si je ne le veux plus alors et que je sois maître de mes actes.

Alors, pourquoi donc la force publique ferait-elle produire des effets à la volonté? pourquoi forcerait-elle l'individu à vouloir, en lui donnant des motifs de détermination tellement graves (la crainte d'un plus grand mal : l'exécution forcée), qu'il soit obligé de vouloir et de faire par cela seul qu'il a voulu?.. Cela serait absurde...

La société force l'individu à vouloir et indirectement à faire; elle agit sur lui et, en un mot, l'*oblige*, non pas uniquement parce qu'il a voulu, mais parce qu'ayant voulu, il a *fait* quelque chose, et que cet acte a eu ou pu avoir des conséquences dont il doit répondre. La cause de l'intervention de la société, ce n'est pas la volonté pure, ce n'est pas la pensée subjective de l'individu : ce sont les actes objectifs par lesquels il a traduit sa pensée.

La volonté, par soi-même et par soi seule, n'est aucune source d'obligations au point de vue de la société, c'est-à-dire au point de vue du droit. La source de l'obligation, c'est la manifestation de la volonté, c'est la *déclaration de volonté*, ou plutôt l'acte qui peut et doit, dans la vie sociale être considéré comme une déclaration de la volonté.

La volonté n'est pas plus, en réalité, la cause de l'obligation que, dans la théorie classique, les motifs n'étaient la cause de l'obligation, évidemment, il faut une volonté réelle ou supposée pour que l'acte ait eu sa signification et ses conséquences sociales, il n'en reste pas moins vrai que c'est lui et lui seul qui est la *cause* des phénomènes sociaux. Il faut bien, dira-t-on, que vous en reveniez à la volonté comme substrat de votre obligation!! — Erreur : la volonté ne nous apparaît que comme *condition* de la naissance de l'obligation, ce qui est loin d'être la même chose. Les actes d'un individu ne produisent en général de conséquences, au respect du sujet, qu'autant qu'il est démontré qu'il en est *responsable*, c'est-à-dire qu'il en a eu : 1° conscience, 2° qu'il eût pu ne pas les faire au moment où il les a faits ; est-ce à dire que sa conscience et sa liberté sont les *causes* efficientes des conséquences que ses actes auront pour lui ? Non, évidemment... La cause des conséquences

de l'acte, c'est l'*acte* ; la responsabilité n'est que la condition de production de ces conséquences. Un exemple fera mieux comprendre notre pensée : lorsqu'un individu commet un acte criminel, par exemple, tire volontairement un coup de pistolet sur quelqu'un et qu'il est traduit en cour d'assises, puis condamné, quelle est la cause immédiate de la condamnation ? Le fait d'avoir tiré un coup de pistolet, direz-vous. Il n'en reste pas moins vrai qu'il a fallu, pour qu'il soit condamné, que le jury l'ait jugé responsable de ses actes ; qu'il ait présumé, chez cet individu, l'intention homicide créatrice de la culpabilité, et pourtant il n'en est pas moins certain que la responsabilité et que l'intention homicides ne sont que des conditions de la condamnation, dont l'acte criminel *seul* est la cause ; la *volonté* criminelle la mieux prouvée ne pouvant engendrer aucune conséquence sociale, tant qu'elle n'a pas abouti à des *actes*.

Mais alors, pourquoi la volonté criminelle serait-elle impuissante à produire par elle seule des conséquences pénales, c'est-à-dire sociales, et pourquoi la volonté de s'obliger aurait-elle l'extraordinaire vertu de produire des conséquences civiles, c'est-à-dire encore des conséquences sociales ?

Si, en effet, au point de vue rationnel, il est absurde que la volonté puisse se lier elle-même

dans l'avenir, au point de vue social cela n'est pas plus admissible. Supposons un instant qu'une découverte géniale permette de lire avec certitude la pensée dans le cerveau de chaque individu : croit-on qu'il serait possible de considérer deux individus comme tenus l'un vis-à-vis de l'autre d'obligations contractuelles, parce que l'on aurait lu, dans l'esprit de chacun d'eux, deux volontés bien arrêtées qui, par un hasard que l'on peut supposer, se seraient trouvées simultanées et concordantes ? Croit-on même que l'on pût lier quelqu'un à sa volonté, si certaine, si arrêtée qu'on la suppose ??....

D'ailleurs, il suffit de consulter sur ce point les « gens du monde », car c'est à tort que les spécialistes les méprisent ou les raillent : le plus souvent les idées qu'ils ont des choses ou des institutions au point de vue de droit, qui est une science faite pour le commun des mortels et par lui, sont plus vraies que les constructions abstraites de l'école. Eh bien, jamais un commerçant qui vient de conclure une vente, si vous lui demandez en vertu de quoi il est obligé de livrer, ne vous répondra qu'il est obligé *par sa pensée*. Il vous dira qu'il est obligé parce qu'il a *parlé* ou parce qu'il a *écrit*, bref parce qu'il a accompli de actes dont, étant responsable, il doit subir les conséquences ; mais jamais, au grand jamais il ne lui viendra l'idée

saugrenue de dire que ce qui l'oblige, c'est la coexistence de sa pensée volontaire avec celle de son cocontractant. (Cf. Guihaire, *op. cit.*, p. 1 et 2.)

LE SYSTÈME DE LA DÉCLARATION

C'est qu'en effet la seule cause des phénomènes de droit privé, en tant qu'ils résultent des actes juridiques, doit être cherchée dans les actes des hommes, tout au plus dans leur conduite passive, si elle est consciente. [Et encore dans cette hypothèse, faut-il qu'il y ait une activité chez d'autres individus.]

Par conséquent, dans le contrat, la cause immédiate des obligations qui résultent de cet acte juridique est, pour ceux qui y ont été parties, leurs déclarations de volonté ou déclarations d'engagement. Une déclaration de volonté est : tout acte, toute attitude, active ou passive, de l'individu conscient qui, dans les circonstances où elle se produit, apparaît comme la manifestation de la volonté de la production de certains effets juridiques.

Si l'on envisage le contrat sans idée préconçue, il apparaît, au point de vue morphologique externe, comme devant être nécessairement l'œuvre de deux individus au moins qui échangent des « déclarations d'engagement ». Cet échange est considéré comme efficace, si la

deuxième déclaration se produit (de façon à pouvoir être prouvée) d'une façon suffisante, à une époque où la première ne soit rétractée ni expressément ni tacitement [caduque par l'effet des délais d'usage où par sa nature même].

Il en résulte que, pour chacune des parties, les obligations contractuelles nées à sa charge seront le résultat de son activité, laquelle s'est produite uniquement sous la forme d'une déclaration d'engagement; de telle sorte qu'elles apparaîtront comme la conséquence de sa déclaration de volonté. Si, en effet, le contrat est synallagmatique, les effets qu'il produit à l'actif de chacune des parties devront être portés au passif de l'autre, et, si l'effet passif est, quant à chacun des sujets, la conséquence immédiate de sa déclaration d'engagement, l'effet actif à son profit est, pour le même sujet, la conséquence de sa déclaration d'engagement, que sa propre déclaration a déterminé l'autre partie à faire (dont elle est la « cause » finale) c'est donc une conséquence médiate de sa déclaration d'engagement. Pour ce qui est du contrat unilatérale, le raisonnement est le même.

Voilà ce que révèle la simple étude des faits sans aucune préoccupation systématique : ces apparences sont-elles mensongères, et ne correspondent-elles ni à la vérité ni à la justice (telle

que doit l'envisager la sociologie) ? C'est ce que nous allons examiner.

Les effets obligatoires du contrat semblent résulter de l'émission des déclarations de volonté. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi ? Ou sous une autre forme : à supposer que les déclarations d'engagement soient la cause apparente des obligations contractuelles, d'où leur vient cette efficacité plutôt qu'à tout autre acte de l'homme ?

Nous pourrions répondre que, du moment qu'il en est ainsi *en fait*, c'est que le législateur leur a donné cette efficacité, lorsqu'elles se manifestent sous certaines modalités qu'il a prédéterminées sous le nom de contrat, et que, la loi positive étant la seule source du droit, cela est ainsi, et il suffit de le constater. Nous ne croyons pas que les auteurs qui adoptent, sur le droit privé, les théories de Hegel, de Ihering, de Laband ou de Jellineck (cf. Jellineck, *op. cit.*, p. 15 : « A la notion de droit comme telle ne répond aucune réalité extérieure à nous, ») puissent refuser de se déclarer satisfaits.

Pour nous, cette explication ressemblerait beaucoup à la réponse que fait certain personnage de Molière à la question « Quare opium facit dormire » ?... Et cette manière de résoudre les problèmes juridiques nous semble peu satisfaisante. Nous devons croire *a priori* que, si le législateur a sanctionné, dans certaines hypo-

thèses, la déclaration de volonté, c'est qu'il y était poussé par une nécessité ou, tout au moins, par un intérêt social. Nous le croirons d'autant plus volontiers que les contrats ont évolué et dans leur conception et dans leur forme, mais qu'en somme, considérés comme moyens de captation de la promesse d'un fait, ils remontent à une très haute antiquité et sont admis par un grand nombre de sociétés (celles qui se disent civilisées). Il y a donc lieu de présupposer que les motifs sur lesquels repose leur sanction par les législateurs sont de ceux qui évoluent le plus lentement, même dans leur forme, c'est-à-dire le besoin pour les individus composant la société de voir leurs rapports régis par l'équité et par la justice, du moins tels qu'ils les conçoivent.

Nous ne sommes pas, avons-nous dit, de ceux qui croient que le droit ait pour but d'étudier les moyens propres à gouverner les hommes vers un idéal philosophique ou religieux ; il n'est, selon nous, que la science des procédés les plus pratiques, les plus expédients et les plus opportuns de procurer le bien-être matériel des individus vivant en société et leur bien-être moral, en tant qu'il en est la condition ou la conséquence. Mais nous croyons que, précisément dans cet ordre d'idées, l'effet obligatoire que nous croyons reconnaître à la déclaration de volonté sera parfaitement justifié, si nous pouvons

l'appuyer sur des principes dérivés des notions actuelles de l'équité et de la justice. En effet, même au point de vue de la simple opportunité considérée comme fondement des règles juridiques, l'observation par le législateur des règles de morale est indiscutablement, quant à présent, et paraît devoir rester longtemps encore la condition *sine qua non* du bon fonctionnement des sociétés. Cela : soit tout simplement parce que, vraie ou fausse, cette idée apparaît aux membres du corps social comme une vérité à laquelle il est nécessaire de se conformer, et qu'à ce titre cette opinion est, indépendamment de sa valeur rationnelle, un fait social dont le législateur doit tenir le plus grand compte ; soit plutôt par cette raison qu'une longue étude des faits a révélée aux économistes, et que Proudhon a résumée dans cette formule lapidaire : « L'utile est l'aspect pratique du juste ; le juste est l'aspect moral de l'utile. »

Si cette proposition est vraie, et nous le croyons, nous devons prouver, non seulement qu'il est juste que la déclaration de volonté soit considérée comme la cause des obligations contractuelles, mais encore que cela est utile dans l'état actuel des sociétés ; car, s'il y a un rapport entre ces deux notions, leur évolution vers le bien et le juste absolus, leurs *progrès* doivent être concomitants.

Nous avons dit qu'il est juste que la déclaration d'engagement fasse naître une obligation. En effet, si nul n'a à répondre de sa pensée ou de sa volonté, tout individu libre et conscient doit répondre de ses actes et des conséquences dommageables qu'ils peuvent avoir pour les autres. On doit être responsable de la déception que l'on cause à autrui quand on n'exécute pas sa promesse : de tout temps, cela a été admis comme règle de morale. Pour arriver à être producteur d'effets juridiques, il suffit donc que le manquement à la *parole* donnée aboutisse à la transformation de la simple déception en *préjudice*. Il appartenait au législateur, le principe étant admis, de déterminer le degré, le criterium quantitatif, du préjudice à résulter de la déception. Il l'a fixé de différentes manières qui ont évolué avec le temps ; jadis, la promesse était productive d'effets juridiques, quand on avait employé des formes sacramentelles : de nos jours, on se contente de la manifestation en temps utile par l'intéressé de la volonté de profiter de la promesse faite. Et, dans l'état actuel de nos mœurs, cela paraît juste (car, comme il s'agit ici d'une question de degré, les applications du même principe varieront avec le degré d'évolution des sociétés, la bonne foi, les nécessités du crédit, etc., ainsi que nous l'exposerons ci-après), parce que cela suffit pour rendre le

préjudice, sinon toujours réel, du moins toujours possible.

La plupart des actes des hommes sont accomplis en vue de l'avenir, et, dans ces prévisions de l'avenir, les actes des autres hommes entrent, pour chacun de nous, dans une proportion considérable. Mais comment les actes des hommes nous sont-ils connus la plupart du temps ? Par ce qu'ils auront dit eux-mêmes de leur conduite future, par ce qu'ils auront *promis* de faire. Si, en effet, les volitions des hommes sont instantanées et varient très facilement en tant que telles ; considérées comme résultat des désirs ou des besoins de l'individu qui les produit, elles évoluent peu, parce que les besoins et les désirs des hommes, dont la satisfaction en est la cause finale, évoluent eux-mêmes assez peu, il faut bien le reconnaître ; de telle sorte que l'annonce par un individu des actes qu'il fera pour la réalisation de ses besoins ou de ses désirs peut être prise en considération par ceux qui l'entendent pour régler eux-mêmes leur conduite. Mais cette prévision sera beaucoup plus certaine pour celui qui se dispose à agir, si, ayant demandé à celui qui a parlé de son activité future s'il pouvait régler sa conduite en considération de la sienne, il a reçu une réponse affirmative. Dans ce cas, si le promettant ne fait pas ce qu'il a annoncé, l'autre sera, non pas seulement déçu, mais

trompé dans son attente, et, de son activité déterminée ou modifiée par l'annonce de celle du déclarant, pourra résulter pour lui un préjudice. C'est alors que le législateur doit intervenir pour le lui éviter.

Il pouvait à la rigueur instituer une peine contre le promettant, mais cette conception, qui était celle du droit des XII tables (*tertiis nundinis partis secanto*), a été abandonnée, non parce qu'injuste ou inefficace, car on aurait pu faire varier le degré de la sanction pénale, mais parce qu'elle procurait à celui en considération de qui la sanction a été édictée une satisfaction moins adéquate au préjudice causé que l'exécution forcée ou les dommages-intérêts.

Car c'est bien là ce qu'il ne faut pas perdre de vue : la sanction de la promesse et, par suite, du contrat a été édictée dans l'intérêt de celui qui a accepté. En général (et le droit est fait en vue de la généralité des cas), ce n'est pas de son initiative que lui vient le dommage, c'est de celle du promettant ; si donc, il a subi un dommage, si son activité a été provoquée et s'il en est résulté pour lui un préjudice ou un risque de préjudice, cela provient de l'activité du promettant, et de cette activité telle qu'elle s'est révélée à lui, c'est-à-dire, non pas de la volonté, phénomène psychologique inconnaissable, mais de la *déclaration de volonté* du promettant.

Si donc la déclaration a été inadéquate à la pensée, qui doit en subir les risques ? Poser la question, c'est la résoudre : les risques de toute activité retombent sur celui qui a agi. Et même en supposant le contrat gratuit, même en supposant la promesse non sollicitée par le bénéficiaire, si la parole du promettant a trahi sa pensée, les risques en seront à sa charge, de même que si, l'acceptant a fait une déclaration qui ne correspondait pas à sa volonté, il pourra être contraint de recevoir une libéralité dont peut-être la seule pensée le révolte. Il n'avait qu'à ne pas agir : tant qu'il n'y a pas d'activité, il n'y a pas de responsabilité, partant pas d'obligation. (Le silence peut, dans certains cas, équivaloir à une déclaration, mais il faut pour cela présupposer des circonstances qui dérivent d'une activité antérieure (cf. Graffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*), de telle sorte qu'il équivaille à une déclaration, et ne soit pas une simple attitude passive négative. Cela est d'ailleurs conforme à l'idée que se fait la moyenne des individus de la valeur morale des actes. On croit, en général, qu'il est mal de manquer à la parole donnée, et l'individu qui y manque se sent ou se croit lui-même en faute à ce point de vue. Or, il ne faut pas se le dissimuler, l'homme est avant tout égoïste ; il juge les actes des autres hommes par les conséquences qu'ils pourraient avoir pour

lui, et non par des considérations de morale transcendante et spéculative. Pourquoi condamne-t-il donc le manquement à la parole donnée ? comme producteur d'inconvénients pour lui, s'il eût été le déclarant ? non bien évidemment, mais pour lui s'il eût été le *récepteur*. Si donc telle est la notion générale de ce qui est juste, les lois édictées par les agents du corps social pour lui assurer le respect de *sa* justice (c'est-à-dire de ce qu'il considère comme tel au moment où on les applique), devront être rédigées de manière à sanctionner la déclaration de volonté au profit de celui qui la reçoit (que « *brevitatis causa* », nous appellerons le récepteur), et elles paraîtront justes à ceux qu'elles seront appelées à régir ; ce qui est nécessaire et suffisant, parce qu'en vertu du principe que nous avons admis précédemment, cela sera par là même conforme à l'utilité collective.

Si, en effet, les personnes qui sont appelées à contracter n'ont plus à redouter d'être trompées sur le sens apparent d'une déclaration de volonté (le sens apparent est celui qu'un homme de bon sens et au courant des usages déduirait du texte de la déclaration, eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration de volonté s'est produite), par la recherche ultérieure d'une volonté subjective, qui, chez le déclarant, pouvait se trouver modifiée par des réserves

mentales ; il est évident que l'appréciation objective de la validité et de l'étendue de l'obligation leur seront rendues à la fois et plus faciles et plus certaines. De cette sécurité résultera immédiatement une augmentation du crédit, et le crédit est, chaque jour davantage, considéré comme une nécessité sociale.

Cette nécessité, pour les relations économiques, de pouvoir juger de la formation et de la validité des actes à l'aide de critères objectifs, parce que ces critères sont les plus rapides et les plus sûrs, a toujours été ressentie plus ou moins confusément, suivant que l'activité commerciale était plus ou moins développée, suivant aussi les variations des conditions et des institutions sociales et leurs répercussions sur la vie économique.

En droit romain, où le lien obligatoire avait une énergie particulière, on ne l'employait pas à la légère ; aussi exigea-t-on, pour sa formation, des cérémonies solennelles, rigides, hiératiques, dont, malgré les efforts de la pratique et des juristes, on ne s'affranchit jamais complètement.

Lorsque, plus tard, l'obligation eut perdu ses effets redoutables d'aliénation, au moins partielle, de la personne de l'obligé et de sa liberté, et fut devenue d'un maniement courant, presque quotidien, l'objectivité absolue de ses modes de création, qui avait paru nécessaire pour écarter

toute recherche, forcément aléatoire, de l'intention et par suite des charges des parties, au lieu d'être considérée comme ce qu'elle était, l'exagération d'un point de vue juste, fut prise pour une grossière erreur. Et, comme il semble qu'on ne puisse jamais corriger une exagération sans tomber dans une violente réaction (sans doute en vertu de la loi générale de l'équilibre rythmique des forces), on en est arrivé, au siècle dernier, au système de l'obligation de source psychologique. Mais, il ne faut pas s'y tromper, ce système n'était pas né de lui-même, et ce n'était pas lui qui avait amené l'évolution. Elle s'était faite, comme toujours, progressivement inconsciemment, à mesure que la moindre rigueur du lien obligatoire, d'une part, et l'affinement des idées morales, d'autre part, avaient, l'une, permis de tenir compte chaque jour davantage de la volonté de l'obligé, l'autre de considérer l'homme comme engagé par sa promesse vis-à-vis de son semblable sans qu'il ait pour cela employé de formes solennelles. « Toutes convenances sont à tenir » disait Loysel. Est-on allé trop loin dans cette voie, comme c'est probable, ou sont-ce simplement les conditions de la vie économique et juridique qui se sont modifiées ? Nous ne saurions prendre sur nous de le décider... Mais ce que nous pouvons constater, car cela est de notre temps et

ne demande pas la connaissance des conditions, de la vie dans un temps où nous n'avons pas vécu, c'est que, de même qu'il a fallu revenir par les lois sur la publicité des transferts et la transcription [cf. également le Code allemand sur la tradition], sur le transfert purement consensuel et occulte de la propriété, reconnu (mais non inventé) par le Code Napoléon, de même il faut aujourd'hui revenir, parce que les nécessités de la vie sociale l'exigent, sur la conception admise en général de la cause de la force obligatoire des contrats.

M. de Tarde écrit à ce sujet (*op. cit.*, p. 120): « Encore le rapport contractuel ainsi entendu (d'après les idées anciennes) est concevable tant que le producteur travaille pour un certain nombre de clients qu'il connaît individuellement, mais plus du jour où il travaille pour une clientèle anonyme à confection. Maintenant que l'autre personnage du contrat est le public (tel le chœur de la comédie antique), les conditions sociales qui avaient fait fleurir la théorie du contrat sont profondément changées. Elle montre alors son étroitesse et son insuffisance. Auparavant, en effet, comme on n'avait affaire, en général, qu'à des personnes considérées une à une et distinctement, le contrat classique pouvait passer pour la plus importante, pour l'unique source d'obligations. Mais. à

présent (*ibid.*, p. 121), si la loi et mieux encore la pratique judiciaire, la coutume commerciale et sociale, plus avancée que la loi, ne devraient sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle personne désignée les accepte et a fait connaître son acceptation, et rien qu'à l'égard de cette personne, la plupart des affaires, la totalité des grandes affaires serait impossible.... » M. de Tarde conclut à la possibilité de s'engager par déclaration de volonté unilatérale : c'est une conclusion que nous n'avons pas à discuter ici, mais la constatation d'où elle procède reste acquise et est confirmée par M. Duguit. (L'État, le droit objectif et la loi positive, p. 53.) Il a reconnu, lui aussi, que si jadis les contrats étaient passés entre des individus peu différenciés les uns des autres de telle sorte qu'il pût y avoir entre eux un libre débat, dans les sociétés d'aujourd'hui et, plus encore, dans les sociétés de demain, la différenciation sans cesse croissante des individus, l'augmentation des échanges et son corollaire la diminution progressive du temps nécessaire pour en débattre les clauses, appelait instamment la découverte de critères plus simples, plus rapides et plus sûrs de la validité et du contenu des actes juridiques envisagés. Nous avons la ferme croyance que le système de la déclaration les fournit, en même

temps qu'une meilleure explication des phénomènes envisagés, de leurs causes et de leurs conséquences.

On comprend, dès lors, que l'augmentation de l'activité économique et juridique ait révélé l'insuffisance du système classique, comme l'augmentation de la vitesse d'une machine en révèle les imperfections, parce qu'elle exclut l'aléa dans le fonctionnement de ses organes¹ et qu'à des conditions d'existence nouvelle il faille, pour les sociétés, appliquer des principes nouveaux. Non pas que nous croyons, en matière de droit, à la possibilité d'aucune découverte ni d'aucune invention géniale : les idées surgissent quand elles sont mûres, et lorsque l'évolution des institutions juridiques en nécessite l'éclosion; mais c'est précisément pour cela que nous croyons le système de la déclaration conforme à l'utilité sociale *actuelle*.

Mais peut-être nous objectera-t-on qu'en admettant que le système de la déclaration corresponde mieux que celui de la coexistence des volontés à la réalité des faits ; qu'en admettant qu'il soit rationnellement plus exact de dire que l'individu n'est pas obligé d'obéir à son

1. En effet le système ancien par la part qu'il faisait à la recherche de la volonté subjective, recherche nécessairement incertaine dans ses résultats, enlevait toute certitude et toute précision à l'initiative juridique.

« moi passé » (cf. Guihaire, thèse cit., p. 12), parce que le moi passé ne détermine la volonté du moi présent que par les modifications qu'il apporte au moi ou aux conditions objectives dans lesquelles il vit et s'agite, et que, dès lors, ce sont les actes du moi passé qui sont la cause de l'obligation présente, encore est-il que, si l'on exige la volonté dans le passé pour que l'obligation naisse dans le présent, la distinction devient purement logomachique. Il est, en effet, sans intérêt de dire que ce n'est pas ma volonté, mais les actes qu'elle a produits qui sont cause de mon obligation, si ces actes doivent nécessairement avoir ma volonté comme substrat. Et, d'autre part, si l'on supprime l'exigence de la volonté comme substrat de l'acte générateur du lien obligatoire, on lie l'individu à sa parole comme dans les formules de l'ancienne Rome et on l'expose aux hasards d'un *lapsus calami* ou d'un *lapsus linguæ*. Voici donc le raisonnement présenté sous forme de dilemme : ou la nouvelle théorie ne conduit à aucun résultat pratique et à des résultats théoriques insignifiants, même au point de vue rationnel ; ou elle conduit à sacrifier le déclarant au récepteur et à le lui livrer pieds et poings liés. Nous avons déjà, croyons-nous, quelque peu répondu par avance à ces critiques. Au point de vue rationnel : qu'il n'est pas plus dénué d'intérêt de distinguer la cause

immédiate de la cause médiate qu'il n'était, par exemple, dans le système classique, indifférent de distinguer les *motifs* de la *cause*. (Distinction beaucoup plus arbitraire que la nôtre ; car, entre les motifs et la cause, il n'y a pas de différence de nature, à la différence de la volonté phénomène, psychologique subjectif et des actes qui la traduisent : phénomènes matériels et objectifs.) Nous n'insisterons d'ailleurs pas sur ce point ; car, au point de vue rationnel, toute distinction, si spéculative soit-elle, a son intérêt, dès lors qu'elle est juste. Il nous suffit donc de démontrer qu'elle est juste, et cela, si nous ne pouvons le faire directement, puisque les critères dont nous nous servirions seraient purement subjectifs, du moins, croyons-nous qu'il y aura lieu de présumer si notre système, indépendamment de ses conséquences pratiques [que nous examinerons ultérieurement quand nous en aurons exposé les conséquences logiques] aboutit d'ores et déjà à une explication des faits objectifs actuels plus logique avec les principes qu'il admet que celle présentée par les partisans des systèmes de la volonté.

On nous reproche de sacrifier, le cas échéant, le déclarant au récepteur : peut-être., mais le système ancien ne faisait-il pas, de la réserve mentale chez le pollicitant (s'il parvenait à la prouver), un piège pour l'autre partie, et ne

sacrifiait-il pas ainsi éventuellement les intérêts du récepteur à ceux du déclarant.

Dés lors, que l'on admet que l'une des parties doive être sacrifiée, pourquoi sacrifierait-on celui dont le rôle est passif ? Il semble, au contraire, que les risques d'une initiative doivent être pour celui qui la prend, bien plutôt que pour celui qui la subit, et que, dès lors qu'on admet que les intérêts d'une des parties doivent être sacrifiés, ce doivent être ceux du pollicitant et non ceux de l'acceptant. Il appartenait au pollicitant (et cela lui était d'ailleurs possible, tandis que la réciproque ne l'est pas), en prenant l'initiative de l'acte, de prévoir toutes les conséquences de sa déclaration appréciée non pas subjectivement, c'est-à-dire par rapport à sa volonté psychologique, que lui seul connaît, mais objectivement, c'est-à-dire à l'aide de critères que tout le monde peut employer... C'est ainsi que l'entendait Loysel dans son adage trivial : « Qui vend le pot dit le mot. » C'est à celui qui « déclare » de subir les effets de sa déclaration ; et, si la réserve mentale non déclarée, si la volonté qui ne s'est pas manifestée n'est pas opposable aux tiers, à qui la faute ?? Aussi, lorsque les partisans du système classique viendront dire que le déclarant peut ainsi se trouver soumis à des obligations qu'il n'aura pas voulues, nous ne serons pas grandement ému de cette objection ;

d'autant moins que dans le système traditionnel lui-même, le déclarant se trouve presque toujours soumis à des obligations ou à des conséquences de ses obligations qu'il n'a pas voulues. Et, si évidemment ce résultat est *révoltant quand on admet que la force obligatoire du contrat pour l'agent est fondée sur son activité subjective, sur sa volonté*, il ne l'est nullement si on la fonde, comme nous le proposons sur la responsabilité *objective* des actes de l'individu. S'il voulait éviter les risques, il n'avait qu'à ne pas agir... Il savait, sinon exactement à quoi il s'exposait, du moins qu'il s'exposait à quelque chose (et à quelque chose dont il pouvait facilement, dans notre système, mesurer l'étendue); il en est tout autrement dans les systèmes de la volonté, où l'on commence par dire à l'individu qu'il ne sera engagé que par sa volonté et dans la mesure de cette volonté, et où, par le système de la volonté implicite, on arrive à faire produire à cette volonté du sujet une série de conséquences dont en général il n'avait même pas l'idée. Car c'est là le grand reproche que nous adressons aux systèmes antérieurement admis, ils ne sont pas logiques avec eux-mêmes quand ils veulent expliquer les solutions que la nécessité a imposées à la pratique juridique. Croit-on notamment qu'un artiste se mariant sans contrat réfléchisse que ce fait le soumet au régime de la

communauté légale, et que, par suite, au cas où il mourrait avant son conjoint, celui-ci aura droit à l'usufruit et aux droits d'auteur de ses œuvres tout entières, tandis que lui, dans l'hypothèse inverse, se verra contraint de partager, avec la succession du prédécédé, le produit de ses efforts et de ses pensées ?? Nous pourrions multiplier les exemples à l'infini (cf., sur ce point, l'article de M. Dereux, dans *Revue critique* 1902, p. 503); nous en citerons seulement encore deux : dans un contrat d'association, les associés prévoient-ils toujours qu'ils pourront un jour se trouver malgré eux, liés par une décision de la majorité de leurs associés ? L'acheteur d'une parcelle de marais prévoit-il qu'il pourra être entraîné à des frais considérables par la formation d'une association syndicale de curage entre les autres propriétaires riverains du cours d'eau qui borde son fonds ?

Ce qui met encore plus complètement en désaccord ces systèmes avec les faits, c'est que ceux qui se trouvent, par une soi-disant volonté implicite, tenus d'obligations imprévues croyaient avoir du contrat une notion adéquate, et n'ont, par conséquent, pu vouloir ces conséquences de leur acte même implicitement, en gros « *inter cetera* ».

De telle sorte que : soit qu'en fait la réserve mentale demeure, comme il arrive le plus souvent, insusceptible de preuve juridique, soit

qu'en vertu du système de la volonté implicite, le législateur refuse à l'intéressé la permission de s'appointer à prouver qu'il a ignoré les conséquences de son acte et, que partant, il ne les a pas voulues, le juge, dans les systèmes de « la volonté », sanctionnera en général *comme une volonté réelle* ce qui n'est en réalité, ce que le plus souvent *il sait n'être* qu'une vaine apparence.....

Dans le système « de la déclaration » au contraire, ce résultat regrettable, mais souvent nécessaire, n'aura rien de choquant ni de contradictoire avec les principes posés. Puisque nous admettons que c'est l'acte en lui-même et en lui seul, et non les idées qu'il traduit, qui est générateur des conséquences qui en résultent pour l'individu, celui-ci n'a pas à se plaindre si elles ne sont pas ce qu'il a cru : il n'avait qu'à s'éclairer avant d'agir. Il en est différemment si on vient lui dire qu'il a *voulu* ces conséquences, et que c'est parce qu'il les *avoulues* qu'il les *subit* ! Demandez, comme nous le disions plus haut, à la plupart des personnes qui font un contrat de mariage, quelles sont, non pas les règles de détail, mais les principales particularités de leur régime matrimonial, et vous verrez quelles réponses étonnantes vous recueillerez : singulière volonté qui s'ignore à tel point, qu'il lui faut de longues et minutieuses explications des gens de loi pour

arriver à se connaître, et qui, alors, voyant ce qu'elle est, en demeure profondément étonnée!!! C'est donc par un véritable abus de langage que les Savigny, Windscheid, Zittelman, Enecerus, etc., viennent dire que l'obligation de l'agent est, dans leur système, fondée sur sa volonté : elle en *résulte*, comme la peine résulte pour le criminel de la volonté qu'il a eue de l'acte délictueux ; mais en réalité, chez eux, à côté, voire même à la place d'un peu de volonté réelle, il y a une somme énorme de volonté supposée, c'est-à-dire absente.

Par conséquent, les faits, en tant qu'ils sont rationnellement possibles, sont expliqués d'une manière plus satisfaisante ou, tout au moins, plus logique dans l'hypothèse que nous avons émise que par les systèmes précédents : nous allons voir qu'il en est de même des espèces concrètes.

M. Dereux, dans son article (*supra*), cite un jugement absolument injustifiable, si l'on admet que la volonté seule soit créatrice d'obligations : un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 19 avril 1900, déboutant un nommé X de la demande en dommages-intérêts formée par lui contre le « Nouveau Théâtre », parce qu'ayant loué 2 loges de 4 places pour Tristan et Yseult, il s'en était vu refuser l'entrée, sous prétexte qu'il arrivait en retard, et qu'à titre exceptionnel, la circulation était interdite pen-

dant la représentation. Mention était d'ailleurs faite de cette prohibition au dos des billets; mais X rapportait *la preuve* que les circonstances avaient fait qu'il n'avait ni pris ni pu prendre connaissance de cette mention..... elle n'aurait donc pas dû lui être opposable ?? Le tribunal a jugé le contraire.....

Il en est d'ailleurs ainsi dans tous ou presque tous les contrats d'adhésion : que ce soient les tarifs des grandes compagnies de chemins de fer, les polices, pleines d'embûches (courtes prescriptions, déchéances, etc.) des compagnies d'assurances, rarement l'individu qui les signe en a eu une connaissance adéquate, et, plus rarement encore, il approuve, s'il les connaît, ces clauses qu'il n'a pas débattues : où donc est alors la volonté ? Car, même si l'on vient dire « qui mavult », encore cela n'est-il pas vrai de ce que l'on a ignoré.....

Par conséquent, il faut bien le reconnaître, les nécessités pratiques du crédit et de la vie sociale forcent les tribunaux à supposer chez les parties une volonté absente. et cela, dans des circonstances où la vérité est manifestement contredite. Mais il y a plus : dans certains cas, il est *a priori* évident que les parties, ayant des intérêts contraires, auraient eu, sur les difficultés qui ont surgi, si elles avaient pu les prévoir, des volontés diamétralement opposées ;

cela n'empêche pas les magistrats de rendre, pour se conformer au système ancien, des décisions, au moins étonnantes, où ils disent quelle a été la « commune intention. » de parties dont l'accord est ou absurde ou invraisemblable, puisqu'elles ont des intérêts antinomiques et les *font valoir en justice*, c'est-à-dire manifestent leur volonté de ne pas céder. N'est-il pas alors révoltant de supposer la mauvaise foi de l'une des parties, et ne vaudrait-il pas mieux dire, avec l'art. 53, du nouveau code allemand que, si, dans la déclaration unilatérale, le magistrat doit rechercher quelle a bien pu être l'intention du déclarant, dans les contrats, au contraire, faute de volonté commune objectivement connaissable, il imposera aux parties les conséquences sociales nécessaires de leurs actes, c'est-à-dire : qu'il tranchera la difficulté, « *ex æquo et bono* », d'après les usages et l'équité? On remplace de la sorte la recherche d'une volonté subjective, qui ne fut jamais, par la recherche facile d'une utilité sociale objectivement facile à découvrir.

C'est d'ailleurs toujours là ce qui se passe en fait; seulement, dans un cas, le magistrat qui rend une solution équitable sous couvert d'interprétation de volonté trompe l'attente de l'individu et *ment* à la logique de son système. Dans l'autre cas, au contraire, où celui qui fait une déclaration, étant prévenu qu'en faisant un

acte de cette nature il s'exposait aux conséquences que la société lui ferait produire contre lui, l'individu ne peut se plaindre d'être trompé, et, prévenu, se comporte en conséquence.

Il nous semble en avoir dit assez pour établir qu'un système qui est obligé de recourir à de pareils subterfuges pour s'appliquer aux nécessités de la vie, est inadéquat aux exigences de la vie sociale et par suite faux ou, du moins, qu'il l'est devenu, s'il ne l'a pas toujours été.

Nous pourrions citer d'autres exemples; mais cela ne prouverait, croyons-nous, rien de plus, et nous nous refusons d'autre part à en admettre certains que l'on a proposés. M. Dereux cite l'hypothèse de l'État vaincu qui accède à un traité onéreux, ou des ouvriers grévistes qui acceptent une reprise du travail à des conditions contre lesquelles ils ont protesté. Nous ne voyons pas là une contradiction absolue du système de « la volonté », car, à la rigueur, *qui mavult vult*; nous ne croyons pas davantage qu'il y ait une inconséquence du système de la « volonté » dans le fait que les praticiens et les « gens de loi » considèrent comme un contrat, la *vente* sur saisie; car la vente sur saisie est une institution de droit positif contingent, un expédient imposé par les nécessités sociales, et cela n'empêcherait pas le système de valoir, si par lui-même, nous le répétons, il pouvait fonctionner en général d'une

façon adéquate aux nécessités sociales, et sans que le juge, au lieu de se guider à l'aide de la théorie de « la volonté », soit obligé de lui donner continuellement des entorses : tel un marin, naviguant avec une carte fausse, qui se guiderait sur les astres (pour le magistrat, les besoins sociaux et les ordres de sa conscience), et corrigerait son soi-disant guide à mesure qu'il avancerait dans son voyage. Mais il est bien évident que le guide n'est pas bon que le voyageur qui s'est confié à lui doit conduire; et qu'est-ce autre chose pour le juge qu'une théorie générale, qu'un système du contrat ? ¹ Par conséquent, *a priori*, les contradictions dans les idées et les difficultés, les inconséquences nécessaires pour arriver à son application que comporte la théorie de la volonté devraient nous la rendre suspecte. Nous allons voir que ses conséquences logiques, dans certains cas, n'ont pas pu, même au prix de fictions et de constructions juridiques, être admises dans la vie sociale ordinaire.

Un Allemand voyageant, en France, confond les valeurs du franc et du marc dans un contrat qu'il passe : la logique de la théorie

1. A quoi peut-il servir, sinon à trancher les doutes que font naître les cas difficiles ? Or, le système est mauvais quand, après avoir tranché le problème à l'aide d'autres critères, on est obligé ensuite de justifier péniblement la solution admise en la faisant cadrer, tant bien que mal, avec le système en question.

de la volonté exige que le contrat soit nul ; tout au plus l'Allemand pourra-t-il devoir à son cocontractant des dommages-intérêts quasi-délectuels pour le préjudice qu'il lui cause par son inattention. En fait, d'une façon générale, les magistrats maintiendront le contrat parce que le Français ayant été de bonne foi et ayant droit à une réparation, aucune ne sera pour lui si adéquate que le maintien de la convention.

Ou encore, on peut supposer que A commande à B un tableau, que B se méprenne sur le prix, et que le malentendu soit découvert et prouvé : si l'on adopte le système de la volonté, le contrat est nul, et A n'aura droit qu'à une seule allocation de dommages-intérêts, une fois pour toutes ; si, au contraire, on maintient le contrat, on pourra appliquer le système de la Jurisprudence sur les astreintes ; et c'est ce qui a généralement lieu, en fait. (Nous pourrions citer des décisions de jurisprudence.) Enfin, voici un cas où l'option entre les deux systèmes prend une importance particulièrement grave, et où la pratique judiciaire a complètement divorcé, plus ou moins consciemment, avec le système de la « volonté » : d'après le système classique, le juge doit décider d'après ce qui a pu et dû être la volonté des parties au moment de la passation du contrat ; par suite, le juge du fond seul peut et doit connaître et rechercher quelle a été, en fait,

cette volonté (sauf l'hypothèse d'une présomption légale irréfragable, comme celles de l'art. 1341 ou celle des règles relatives à la preuve). Lui seul a qualité pour juger cette question, qui est une question de pur fait, de telle sorte que jamais il ne violera aucune loi en disant qu'au moment psychologique de la formation du contrat la volonté de A était ceci et que celle de B était cela, les paroles (et en matière commerciale les écrits) de A et de B fussent-ils absolument contradictoires avec ces constatations.

Eh bien, la Cour de cassation casse impitoyablement les jugements qui sont en contradiction avec le sens naturel du texte clair du contrat, ce qui est conforme à la théorie nouvelle, qui demande l'appréciation du contrat au point de vue objectif, mais est en désaccord flagrant avec l'ancienne, qui l'appréciait au point de vue subjectif. Aussi longtemps, en effet, qu'on ne fera pas des déclarations claires des parties *la matière même du contrat*, le juge ne pourra pas encourir le reproche d'enfreindre la loi en jugeant que la vérité, c'est-à-dire le contrat, est toute différente des déclarations, et sa constatation, étant celle d'un fait, ne pourra tomber sous la censure de la Cour suprême.

Par conséquent, le système « de la volonté », et non pas seulement celui de la coexistence des volontés dans le contrat, mais tout autre système

faisant de la volonté subjective la source et la mesure de l'obligation (sa *cause*, en un mot, puisque « variante causa, variatur effectus »), ne rend pas compte des faits tels qu'ils *sont* dans la réalité. Or, nous le reconnaissons, la vérité absolue n'est pas de ce monde ; sans cela, on pourrait déduire à l'infini des principes admis des conséquences qui soient indéfiniment justes, et l'expérience prouve assez qu'il en est autrement : il n'y a donc jamais en toutes choses que des approximations de vérité, des étapes vers la vérité, des vérités historiques. (Il serait d'ailleurs absurde qu'il en fut autrement : la raison humaine, n'ayant connaissance que du fini et du relatif, ne saurait parvenir par elle seule à une vérité absolue, qui, par définition même, soit infinie, et c'est d'ailleurs là la cause et la condition nécessaire du progrès.) Mais alors, n'avons-nous pas le droit de penser que, si le système qui voyait dans la volonté la cause efficiente des obligations a pu être une vérité suffisante pour les juristes et les sociétés d'hier, aujourd'hui, en présence des critiques sérieuses que nous avons formulées contre lui à la suite de jurisconsultes éminents, il y a lieu d'admettre qu'on puisse essayer, qu'on doive même essayer d'émettre d'autres théories déduites d'une analyse nouvelle et plus pénétrante des faits. Évidemment, ce ne seront là que des hypothèses ;

mais, quoiqu'on puisse nous jeter le mot de Leibnitz, « hypothèses non fingo », encore est-il qu'il ne faut pas oublier que les fameuses lois de la gravitation de Newton ne sont (et il le reconnaissait lui-même) que des hypothèses, et que, si l'on devait renoncer à ce mode de procéder autant vaudrait prononcer, sur toutes choses et *a priori*, le fameux « ignorabimus » de Wirchow.

LES THÉORIES DE LA DÉCLARATION

Si, dès lors, les hypothèses théoriques que nous exposerons paraissent plus claires, plus logiques, plus adéquates aux besoins sociaux à satisfaire, ne semble-t-il pas qu'elles doivent remplacer les anciennes ! Non pas, bien évidemment, qu'elles aient la prétention d'être des vérités éternelles (puisqu'elles ne proviennent d'aucune révélation surhumaine) mais simplement comme des vérités suffisantes pour, dans l'état actuel des choses, servir de prémisses à des déductions et à des raisonnements logiques qui, dans les cas douteux, fournissent des solutions correspondant aux conceptions que les intéressés auront de la justice (conceptions qui sont à la Justice absolue, éternelle, ce que ces principes sont eux-mêmes à la Vérité).

C'est à cette œuvre que se sont essayés les auteurs allemands qui ont commenté les Pan-

dectes pendant la deuxième moitié du XIX^e siècle Windscheid, Dernburg, Regelsberger, Bekker, Ihering, Danz, O.Bulow, Bechmann ont tous adhéré, avec des variantes dues aux différences propres à leur génie, à un système nouveau dit de la « déclaration de volonté », système qui a en partie pénétré dans le nouveau Code civil allemand, et s'est de la sorte trouvé importé en France par le remarquable commentaire de M. Saleilles sur la théorie de l'acte juridique dans le Code civil allemand.

Nous pourrions chercher à indiquer les différentes particularités des systèmes des auteurs que nous venons de citer, mais ce travail, même fait brièvement et, par suite, d'une façon incomplète ; serait, non seulement fastidieux, mais inutile, car il ne donnerait pas une idée d'ensemble, une notion synthétique de ce qu'il y a d'original et de nouveau dans le système de la déclaration. Nous nous efforcerons donc d'exposer cette théorie d'une façon qui permette de la juger ; et, comme on ne peut apprécier les choses que dans ce qu'elles ont de plus absolu, nous essayerons d'exposer la théorie de la déclaration sous sa forme la plus radicale.

Ce ne sera pas là de notre part l'édification d'un système nouveau, nous n'avons pas une telle présomption de nos forces ; nous nous bornerons, en prenant pour guide celui des

auteurs dont les conclusions sont les plus hardies et les plus neuves, O. Bülow, à pousser aussi loin que cela paraîtra possible et juste les conséquences logiques des principes qu'il a posés, et de ceux que nous avons admis précédemment.

LA THÉORIE « DE LA DÉCLARATION »

Il faut distinguer de la volonté qui demeure purement intérieure, de la volition, simple phénomène psychologique interne, la volonté déclarée, c'est-à-dire celle qui a été rendue connaissable aux tiers par un moyen quelconque, parole, attitude ou même silence (cf. Graffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, ds. *Giurisprudenza italiana*, anno 1828), dès lors que ce moyen apparaît, d'après les usages, comme ayant l'expression de la volonté du sujet pour but et pour résultat.

La volonté déclarée seule est susceptible d'être prise en considération par le magistrat, parce que, seule, elle se présente à lui comme un fait certain, et que, dans le monde du droit, de la vie juridique *seuls* les faits sont générateurs de conséquences de droit.

D'ailleurs, en général, celui qui fait une déclaration en vue d'un contrat la fait de pleine et libre volonté; mais il la fait le plus souvent sans connaître la portée juridique exacte de sa déclai-

ration (voir *supra*), de telle sorte qu'il faut distinguer la volonté de la déclaration, qui est nécessaire (nous verrons dans quelle mesure), de la volonté des effets, qui est en principe (il y a des exceptions que nous indiquerons), indifférente.

Évidemment, le but seul a été voulu d'une manière absolue et complète, et la déclaration n'a été faite que comme moyen de parvenir au but désiré. Mais ce moyen peut-être inadéquat au résultat à atteindre, et les effets qui en résulteront n'auront aucunement été voulus ; il n'en reste pas moins que, dès lors que l'acte de la déclaration a été voulu et effectué, il vaudra comme tel, sans qu'on ait à se préoccuper de la volonté téléologique dont il est le moyen. Celui qui fait un contrat de mariage veut bien certainement l'acte de la signature quand il l'accomplit ; nous avons vu précédemment qu'il est très rare que, faute de les connaître, il veuille les effets de cet acte : s'en produiront-ils moins pour cela ??.....

D'une façon générale, en effet, les actes juridiques, et le contrat en particulier, sont voulus et employés uniquement comme moyens des résultats économiques et sociaux qu'ils peuvent produire. Il est en effet parfaitement indifférent à un individu de recevoir un bien par donation ou de recevoir une somme d'argent qui lui

permettra de l'acheter dans des conditions économiques aussi profitables; mais précisément le *but que se propose l'agent*, le *motif* de la déclaration ne peut être pris en considération par le juge, qui doit se borner à examiner si la déclaration apparaît comme ayant été voulue telle qu'elle se présente.

Beaucoup d'auteurs n'ont pas osé admettre ce système, que défend Bülow dans son livre (*Das Geständnissrecht*, p. 106, et s.), et ils exigent, non seulement la volonté de la déclaration, mais encore celle de ses effets. Mais ces auteurs appartiennent presque tous à l'école qui admet, en principe général, que la volonté aurait par soi-même une force obligatoire; tandis que nous admettons, avec O. Bülow, que les effets juridiques du contrat ne résultent que d'une simple nécessité sociale, à tout prendre, passablement contingente. De telle sorte que, s'il y a lieu de tenir compte de la volonté des parties, on ne doit le faire qu'autant qu'on y est amené par la recherche de ce qui est le plus utile ou le plus juste (ce ne sont-là d'ailleurs que deux formes de la même question) : « *das Zweckmässige das dem Zweck im Recht entsprechende... das gerechteste.....* »

Aussi devra-t-on s'en tenir plus strictement aux termes du contrat dans l'interprétation d'un contrat basé sur l'intérêt que dans celle d'une

libéralité, et traiter plus sévèrement une conduite déloyale qu'un malentendu excusable.

En vertu des principes que nous venons d'exposer, la volonté individuelle ne produira d'effets qu'autant que cela sera conforme aux intérêts de la société et du crédit public ; elle devra être reléguée au second plan, toutes les fois qu'elle se trouvera en conflit avec ces intérêts. Et elle ne produira d'effets que ceux qu'imposera l'utilité sociale, et dans la mesure où elle les imposera. Le contrat reposera donc, non sur la coexistence théorique de deux volitions, car la société n'a pas à se préoccuper de la volonté non manifestée, mais sur l'émission convergente de deux déclarations de volonté qui se correspondent l'une à l'autre, faits sociaux connaissables et appréciables pour *tout le monde*. Peu importeront donc les restrictions mentales non exprimées, car ces volontés non socialisées n'existent pas socialement parlant. Des volitions purement internes ne peuvent pas faire sacrifier aux désirs d'un seul l'intérêt de tous ; car, aussi longtemps qu'on ne nous aura pas démontré que la volonté subjective soit, par elle-même et par elle seule, une source de droits, nous ne voyons en présence que des intérêts en conflit, conflit dans lequel l'intérêt particulier doit céder devant l'intérêt collectif. D'ailleurs, les effets du contrat sont du domaine de l'objectif, et, pour produire

un effet dans ce domaine, on ne peut tenir compte que de ce qui est objectif; on ne peut donc tenir compte de la volonté qui ne s'est pas objectivée, qui est demeurée subjective.

En un mot, ce qui est à la base du contrat, ce sont moins des déclarations de *volonté* que des déclarations d'*engagement*. Lorsque Primus achète un objet, ce qui est important, ce n'est pas qu'il affirme sa volonté d'acquérir cet objet; c'est qu'il affirme *qu'il en paiera le prix*. Il est donc tenu, par sa déclaration de volonté unilatérale, fait objectif, *acte* qui produit des conséquences dans le monde social *objectif*, indépendamment des processus internes dont il est la conséquence et l'émanation.

La volonté est un fait antérieur au contrat, mais elle n'en est pas plus un élément constitutif que, dans la théorie classique, les motifs d'une convention ne font en général partie d'icelle.

Et c'est ici l'occasion de noter une inconséquence de plus du système de l'autonomie de la volonté : la volonté n'est pas, comme le fait très justement remarquer Fouillée, le pouvoir de se décider à agir au hasard, mais au contraire de décider, après avoir pesé les motifs, suivant celui qui aura été jugé le plus fort et le meilleur (ceci soit dit sans adopter ni réprouver le système de cet auteur sur les idées forces et le libre arbitre); si donc la volonté libre n'est pas un vain mot,

les motifs qui l'ont déterminée non seulement ont une importance énorme, mais encore en *sont des parties intégrantes*. Pourquoi une erreur sur ceux-ci ne serait-elle pas toujours irritante, dès qu'elle peut être prouvée, si la volonté interne est la seule cause de l'obligation ? Il semble que refuser de l'admettre serait manquer de logique [qu'on ne nous objecte pas la théorie de la cause, car elle a vécu].

Par conséquent, l'individu est tenu, et sa déclaration produit l'effet obligatoire contractuel, quand elle se produit dans des conditions telles que son adverse partie doit normalement croire qu'il exécutera sa promesse, et on répute que cette adverse partie a le droit de compter sur cette exécution quand, toutes les conditions étant normales (c'est-à-dire les individus étant capables la promesse licite, etc.), elle lui a *déclaré* qu'elle comptait sur cette exécution : quand elle a *accepté*.

Est-ce à dire que la volonté n'ait aucun rôle à jouer dans les contrats, ou du moins qu'elle ne doive être prise en considération que dans des cas aussi exceptionnellement rares que les motifs dans le système du Code civil français ? Non : tout ce que O. Bulow a voulu dire, croyons-nous, c'est que la volonté des *effets juridiques* du contrat, qui *implique leur connaissance adéquate*, n'est pas nécessaire, mais il faut la « volonté

de la déclaration » ; c'est pourquoi la folie ou l'hypnose qui enlèvent la responsabilité des autres actes, feront également disparaître les effets d'une déclaration dont elles empêchent le sujet d'apercevoir, non seulement les conséquences médiate (ce qui n'est pas nécessaire), mais même les conséquences immédiates, bien plus, en général, la conscience même de l'acte accompli.

D'ailleurs, il faut en revenir sans cesse au principe que nous avons posé en commençant à savoir que c' est *l'utilité sociale* qui doit, avant tout, être prise en considération. Or, le crédit public exige que la volonté des individus soit prise en considération dans les obligations qu'ils contractent volontairement ; autrement dit, s'il n'exige pas qu'un individu ne soit *jamais* engagé par ses actes plus qu'il ne l'a voulu ou prévu (ce qui revient au même, parce qu'en se renseignant sur les conséquences de ses actes volontaires, il eût pu en prévoir les résultats), encore est-il qu'il ne faut pas qu'il ait toujours à craindre de supporter les conséquences d'actes qu'il n'a absolument pas voulus (ou d'actes qu'il n'a pas voulus comme générateurs de conséquences de droit ; toutefois, ce dernier point de vue est discutable). Par conséquent, l'individu sera obligé contractuellement par sa déclaration, seulement si elle se produit dans des conditions telles qu'il

doive supporter la responsabilité (et dans la mesure où il doit supporter la responsabilité) du préjudice que la non-exécution de sa déclaration causerait à autrui, et ce préjudice n'apparaît (car les tiers ne seront déçus) que dans le cas où tout se présentait normalement, c'est-à-dire lorsque les individus étaient suffisamment éclairés, capables et sains d'esprit, les opérations loyales et licites, etc.

Ceci posé, comment devra-t-on interpréter une déclaration valable ? Comme un *fait ordinaire* c'est-à-dire, d'après le sens commun, eu égard aux circonstances dans lesquelles il s'est produit ; le sens en sera celui qu'y donnerait, non pas un « Chicaneau » ou « un maître Guérin », mais un honnête homme doué d'une instruction et d'une intelligence moyennes.

Le juge devra, en présence des faits, se figurer un homme ayant des qualités intellectuelles et morales ordinaires, un homme qui soit une personnification type de tout le monde, et cet être imaginaire, qu'il fera vivre en lui, lui dictera sa décision. Que si, d'après cette manière de procéder, le sens ne paraît pas clair, on s'inspirera de la volonté commune des parties, si toutefois une telle volonté a existé, et sinon, on recourra à l'idée de justice et d'équité, base de tout le vaste édifice du droit ; mais non pas à une idée de justice ou d'équité quelconque,

subjective, propre au magistrat, à celle qu'aurait, en la matière, l'être imaginaire dont nous venons de parler.

C'est l'idée d'équité et de justice qui devra prévaloir en toute circonstance, primant la volonté reléguée au rang des *motifs* de la théorie classique. La volonté subjective n'interviendra ainsi, comme eux, qu'à titre exceptionnel ; car, dit Bulow, la volonté de conclure une affaire ne fait pas pour cela partie de la convention : « elle n'est qu'une phase passagère au cours de la formation du contrat ». Le contrat résulte, *tout entier*, dans des conditions normales, de la convergence de la correspondance *objective* des déclarations des parties.

DISCUSSION DU SYSTÈME DE LA DÉCLARATION ¹

Selon M. Dereux, qui fait, dans les articles que nous avons cités, un résumé des idées de Bulow et de la théorie de la déclaration aussi exact

1. On sera peut-être tenté de nous faire le reproche de manquer de méthode dans notre exposition, en nous voyant scinder en deux parties la critique du système de la déclaration. Nous ne croyons cependant pas que ce reproche soit fondé, parce que nous avons exposé en premier lieu l'étude analytique et critique du contrat, phénomène social *objectif*, et nous en avons déduit la force obligatoire de la déclaration et la nécessité, partant, la légitimité de cet état de choses, et parce que ce n'est qu'après ces constatations *de pur fait* que nous avons tenté de nous élever jusqu'à la systématisation, jusqu'à la construction juridique. Nous avons donc cru

et aussi impartial que le lui permettait une conception de la matière nettement opposée aux idées nouvelles, cette théorie ne serait qu'une résurrection, même pas améliorée, de l'antique « *causa civilis* » des commentateurs du droit romain. Il n'y aurait que cette différence, en somme insignifiante, que la cause de l'obligation ne serait plus dans la solennité des paroles ou des actes mais dans le fait même de la parole (considérée comme mode général de la déclaration).

« La théorie nouvelle permet, dit M. Dereux (*op. cit.*, p. 532), de comprendre comment nous avons si souvent vu naître le contrat en dehors de toute volonté réelle de ses conséquences; elle explique comment l'erreur d'une des parties sur les résultats de sa déclaration n'annule pas nécessairement cette déclaration; elle explique comment le juge devra tenir compte avant tout des termes du contrat. Tout cela, elle l'explique, pense Bulow. N'y a-t-il pas... une part d'illusion...? Sa doctrine ne diffère-t-elle pas de la doctrine classique, surtout en apparence et à la condition de rester un peu dans le vague?... »

devoir discuter la vérité de nos *constatations* et la légitimité des *explications* ou des tentatives d'explication fournies des phénomènes envisagés avant de tirer de notre analyse des conséquences et des conclusions. De là est venu ce dualisme que nous croyons inévitable: critique de l'exactitude et de la légitimité de l'explication proposée, critique du système tiré de cette explication.

Qu'est-ce, continue-t-il (en substance), qu'une déclaration volontaire d'engagement ? Primus, passant dans la rue, lève le bras pour une cause quelconque au moment où il croise un fiacre : l'a-t-il retenu ?... a-t-il fait une « déclaration volontaire d'engagement » Évidemment non ; car, s'il a voulu l'acte, il ne l'a pas voulu en tant que producteur de conséquences juridiques ». On peut également reprendre l'exemple cité par Isay (*die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts*) : dans les ventes aux enchères, en Allemagne, les acheteurs rangés autour d'une table n'ont qu'à faire un signe de la main pour surenchérir de 100 marks ; que l'un d'eux lève la main par inadvertance ou pour une cause quelconque, il n'y a pas là une déclaration volontaire d'engagement, car il aurait fallu qu'il eût voulu ou tout au moins su, en agissant, qu'il s'engageait.

De même encore, dit M. Dereux, il n'y aura pas vente si, croyant que l'on me propose une vente, je fais un signe d'assentiment à une proposition de bail. On peut enfin construire cette hypothèse. Primus entre chez un marchand de tableaux, ayant aperçu une toile qu'il a prise pour une copie de Téniers, et dit qu'on la lui envoie, puis il apprend que la toile est un Téniers authentique, d'une valeur 10 fois supérieure à ce qu'il croyait et dont l'achat serait hors de toute

proportion avec ses ressources : est-il tenu ? Non évidemment, conclut M. Dereux.

Il faudra donc, dit-il, en arriver à cette formule : « Une déclaration volontaire d'engagement, c'est un certain ensemble de gestes volontaires accompagnés de ce fait que nous savons déclarer quelque chose, et aussi que nous savons exactement ce que nous déclarons. » Et alors, nous voilà revenu, sauf quelques cas exceptionnels, bien près des solutions du système classique : « Les deux systèmes exigent pratiquement que chaque contractant ait une *exacte* connaissance de l'état d'esprit de son cocontractant, exigence dangereuse pour le crédit social. Tous les deux exigent ou devraient logiquement exiger qu'en passant un contrat de mariage ou d'hypothèque, chacun sût au juste à quoi il s'engage. Tous deux devraient considérer comme nulle la convention qui met fin à une guerre ou à une grève ; car la déclaration qui leur sert de base n'est pas libre, donc involontaire.... »

Nous commencerons, avant de discuter dans le détail ces objections, qui paraissent décisives à M. Dereux, par faire deux remarques d'ordre général : 1^o on ne réfute pas la constatation d'un fait par ses conséquences ; or, les objections que nous venons d'exposer semblent dirigées beaucoup plus contre l'exactitude de l'explication

proposée de la source de la force obligatoire du contrat que contre les conséquences, contre le système que l'on en a déduit; 2° d'autre part, et pour ce qui est de ce système en lui-même, il importe assez peu, au point de vue rationnel, que la théorie de la déclaration n'aboutisse pas à des conclusions pratiques sensiblement différentes de celles actuellement admises par les partisans des systèmes de la volonté. D'une part, en effet, il est donné à peu de gens, dans le monde des idées, de semer et de récolter, et, quand même les conséquences pratiques aboutiraient à des solutions identiques, il n'est pas sans intérêt de modifier les principes, si, en le faisant, on doit se rapprocher, si peu que ce soit, de la vérité ¹. D'autre part, le progrès des systèmes juridiques ne consiste pas à modifier d'autorité les solutions reçues, car ces solutions sont dictées aux hommes par les *nécessités* de la vie sociale, et tous les systèmes juridiques du monde n'y peuvent rien : il consiste à rendre compte de ces

1. C'est pourquoi on nous objecterait vainement qu'en substituant la volonté déclarée à la volonté pure et simple, nous ne changeons rien du tout; car, en admettant même que cela soit vrai (ce que nous contestons), et la déclaration dût-elle toujours avoir la volonté pour substrat, en resterait-il moins vrai que la volonté psychologique n'est que la cause médiate de l'obligation, dont la seule cause efficiente directe est la déclaration? Et, nous le répétons, il n'est pas plus sans intérêt de faire cette distinction que, par exemple, de dire que je ne suis pas le fils de mon grand-père parce qu'il a fallu que mon père ait lui-même un père.

solutions d'une façon plus adéquate, plus logique avec les principes admis; et nous croyons qu'à ce point de vue, le système de la déclaration constitue un progrès sur les systèmes de la volonté, qu'on ne peut adapter aux faits qu'en les forçant.

D'ailleurs, ainsi que l'a écrit M. Fouillée, « l'erreur n'est qu'une vérité moindre » : parole profonde et dont tous les jours se vérifie l'exactitude; car on s'aperçoit à chaque effort nouveau que, dans le domaine de la science humaine et de ses connaissances objectives, il ne peut y avoir que des approximations de vérité. Sans cela, d'ailleurs, les vérités d'ordre social s'imposeraient aux peuples par la force de l'évidence comme, dans le monde de la pensée subjective, les démonstrations mathématiques s'imposent par la seule force de leur vérité apodictique. Il serait donc abusif de repousser une idée, si elle semble juste, par cette considération qu'elle n'a pas de conséquences immédiatement connaissables; car, en cette matière, les progrès sont forcément lents et les théories juridiques, si elles peuvent en être un facteur, n'en sont jamais l'unique cause efficiente.

Ceci étant admis *a priori*, nous nous hâtons de dire que le système de la déclaration nous, semble, dans la mesure que nous venons d'indiquer, gros de conséquences elles-mêmes

fécondes ; et nous verrons si, dans le domaine de la pratique, la théorie nouvelle n'est susceptible d'amener, aux solutions admises, aucun changement dans le sens que semblent réclamer les besoins de la vie sociale moderne.

Nous verrons alors que non seulement ces conséquences sont rationnellement possibles, mais encore que le système de la déclaration, en inspirant (à son insu peut-être) l'auteur de la nouvelle législation civile allemande, a gagné du terrain, et un terrain considérable, dans le domaine de la vie juridique pratique.

Mais auparavant, il nous faut déblayer le terrain des objections proposées par M. Dereux : les problèmes qu'il pose et qu'il semble croire insolubles avec les règles admises par le système de la déclaration ne nous embarrassent d'ailleurs aucunement. Dans l'une comme dans l'autre des deux premières hypothèses (celle du cocher et celle de la vente aux enchères), les circonstances *objectives* étaient telles, que *la nature même* du geste était équivoque, et, si peu que ce fût, cela était suffisant pour permettre à celui qui recevait la déclaration de ne pas y ajouter foi sans plus ample informé, d'autant plus que la vérification de l'engagement du déclarant était facile et instantanée. De telle sorte que le récepteur ne saurait prétendre avoir un droit absolu au maintien de l'engagement pour l'indemniser

d'une erreur invincible dans laquelle il aurait été jeté par la faute du déclarant. Celui qui reçoit une déclaration n'a en effet droit à son maintien « per fas et nefas » que s'il est établi que, *eu égard aux circonstances objectives dans lesquelles elle s'est manifestée à lui*, il ne pouvait absolument pas concevoir la moindre hésitation sur la validité de l'engagement du déclarant, de telle sorte qu'il puisse s'en tenir légitimement à cette déclaration sans qu'il y ait d'imprudence à lui reprocher, et qu'au cas où elle viendrait à s'évanouir, il puisse en résulter pour lui un préjudice. L'effet obligatoire irréfragable est accordé à la déclaration dans l'intérêt du récepteur, *mais du récepteur diligent*, et, s'il s'est, qu'on nous pardonne le mot, « emballé », tant pis pour lui ; car le maintien de la déclaration a été admis pour lui éviter un préjudice qui, autrement (dans les conditions normales de la vie et du crédit social), serait inévitable, non pour lui éviter la peine d'une vérification facile, immédiate d'un engagement dont la forme, ambiguë elle-même, réclamait la vérification. Si l'on en vient, en effet, à admettre l'effet absolu de la déclaration, ce ne peut être que pour obéir à des nécessités de crédit et d'intérêt social ; mais, réciproquement, l'intérêt social n'exige pas moins qu'on ne soit pas engagé, à son insu ou malgré soi, plus qu'on n'aurait pu le prévoir par un examen fait

avec bon sens des circonstances objectives normales dans lesquelles serait reçue par le destinataire la déclaration qu'on émet. (C'est ainsi que le Code allemand admet avec raison qu'une acceptation faite par lettre remise à la poste qui, pour une raison quelconque, parviendrait *autrement* que par les soins de cette administration, ne vaudrait pas.)

La même solution doit être donnée à l'hypothèse proposée de l'acquéreur de tableaux. Si sa commande a été précise, nette et en apparence faite en connaissance de cause, tant pis pour lui, car, en ce cas, l'erreur du marchand a été invincible. Mais précisément, ici encore, nous admettrons difficilement cette erreur inévitable d'un marchand qui vend un objet d'une valeur considérable à un client qui ne s'enquiert pas du prix, et auquel il omet de le signaler.

Il nous semble que de la sorte, sans nous écarter du point de vue objectif, ou tout au moins sans nous écarter du principe que nous avons posé, à savoir que le point de vue objectif primait le point de vue subjectif, nous avons tenu compte de la volonté du déclarant dans une mesure suffisante, autant que les circonstances permettaient d'imposer cette recherche au récepteur de la déclaration. Car nous en revenons sans cesse au principe admis par Bülow : le seul critérium est l'utilité sociale, car les règles

juridiques sont faites pour les sociétés ; et, précisément, si nous avons appuyé le système de la déclaration sur le principe de la responsabilité de l'agent vis-à-vis de ses actes, c'est parce que ce principe apparaît aux hommes comme un principe d'équité. (Arg^t. nouv., art. 1382, Civ. franç.) Or, les principes d'équité et de justice étant les mobiles de l'évolution des sociétés et des institutions sociales, il importe d'en tenir compte dans les lois qui doivent réglementer l'activité sociale et l'infléchir au besoin : « Nature is only subdued by obedience to her laws. » Dès lors, pour en revenir à la volonté du déclarant, elle sera prise en considération *lorsque et autant que* cette utilité sociale le commandera, pratiquement, dans la mesure où un homme de sens commun aurait pu, d'après les circonstances, s'attendre à ce que le sens de la déclaration n'en fût pas le sens apparent et normal.

Nous ajouterons que l'hypothèse sera nécessairement rarissime de la *déclaration* absolument non voulue (c'est-à-dire se présentant comme un acte dont le sujet ne serait pas responsable, à un point de vue quelconque, dans l'hypothèse où l'acte devrait être apprécié à un point de vue pénal) qui parviendrait à son destinataire, de telle sorte que celui-ci ne pût concevoir aucun doute ni aucun étonnement sur

l'engagement du déclarant (car, il ne faut pas l'oublier, le moindre doute chez le récepteur lui impose le devoir de s'éclairer). Dans ce cas, nous sacrifierons le déclarant qui a pris l'initiative au récepteur dont l'erreur a été invincible, et ceci dans un intérêt de crédit social ; et nous ne croyons pas que les partisans de la volonté puissent nous jeter la pierre, qui admettent la valeur d'une réserve mentale, mais la laissent sans effet quand, par suite de circonstances purement fortuites et contingentes, on ne peut (ce qui rationnellement et pratiquement est le cas le plus fréquent) en rapporter la preuve juridique.

Telle est la réponse que nous ferons à la question de M. Saleilles (de la déclaration de volonté (Paris, Pichon, 1901, préface) : « La question est de savoir, au point de vue du crédit et au point de vue des tiers, quelle est, pour celui qui fait une déclaration juridique, la responsabilité résultant de cette déclaration et au sujet de la déclaration elle-même. Dans quelle mesure va-t-il être obligé de subir l'interprétation normale de sa propre déclaration, même si le sens apparent ne correspond pas au sens réel ? » Si l'on admet que la volonté soit la source du droit, on ne tiendra compte de la volonté que sous forme de déclaration, et, dans les circonstances « normales », on conclura de la déclaration

à la volonté, « juris et de jure », dirions-nous volontiers ; « juris tantum », disent certains auteurs plus timides et, avec eux, le nouveau Code civil allemand. Mais nous dirions plus volontiers encore, avec M. Meynial : « Le fondement de l'acte juridique, ce qui préside à sa naissance et donne la mesure de sa portée, c'est la *déclaration* de l'agent, et non pas la volonté, que « cette déclaration doit traduire. » (Revue trimestrielle de droit civil, 1^{re} année, n° 3, p. 545-573.) La volonté de l'agent ou plutôt le défaut de cette volonté n'est pris en considération, pour le décharger de la responsabilité de ses actes, que dans l'hypothèse où soit sa propre déclaration, soit une faute ou une négligence du récepteur laisse passage à ce traitement favorable du déclarant.

Telle est donc la notion que nous croyons vraie du rôle de la déclaration dans les contrats : tandis que, dans la théorie de la volonté, la manifestation de la volonté n'a de valeur « qu'*ad probationem* » : pour nous, elle constitue *la matière même du contrat*.

Tandis que, pour certains auteurs, elle n'est qu'un élément nécessaire pour donner une valeur juridique positive à l'acte de volition ; car : « Pour que la volonté soit de nature à produire un effet de droit, il ne faut pas seulement qu'elle soit dirigée vers ce résultat juridique ; il ne faut

pas seulement, en outre, qu'elle se soit révélée par un fait ou une attitude extérieure, il faut qu'elle ait voulu se produire extérieurement comme volonté constitutive de droit. » (Saleilles, *op. cit.*, II, préface.) Pour nous, le seul fait *immédiatement* générateur des effets de droit est la *déclaration*, et cette déclaration est valable indépendamment de la « volonté des effets », du moment que le déclarant a eu la « volonté de la déclaration », qui se réduit, en somme, à une simple conscience de la nature et de la portée de l'acte suffisante pour fonder la responsabilité juridique de l'agent.

Voilà, croyons-nous, la forme la plus radicale que l'on puisse donner à la théorie nouvelle : nous allons examiner rapidement quelles peuvent en être les conséquences pratiques. Après avoir cherché à établir que ce système explique mieux que les autres, ce qui *est*, nous allons tenter d'esquisser son rôle comme agent de l'évolution des institutions juridiques qu'il explique.

Nous subdiviserons cette étude en deux parties : dans la première, nous exposerons les conséquences logiques du système sous la forme radicale que nous venons d'exposer, étude de droit purement théorique pure « construction juridique » ; dans l'autre, nous exposerons aussi brièvement qu'il nous sera possible les résultats déjà acquis dans le domaine du droit positif,

c'est-à-dire l'application par le Nouveau Code civil allemand d'un système atténué de la déclaration, introduit dans les lois, malgré les idées préconçues des législateurs, par la pression des nécessités sociales et la force irrésistible *qu'ont les idées lorsque leur heure est venue.*

CONSÉQUENCES THÉORIQUES DU SYSTÈME DE LA DÉCLARATION

SUR LA THÉORIE DE L'ERREUR

Nous avons déjà examiné cette question précédemment : du moment que les destinataires de la déclaration ont cru et ont été autorisés à croire à la volonté de déclarant, c'est-à-dire du moment où l'erreur ne se révélait pas dans la déclaration d'une façon suffisante pour donner l'éveil à un cocontractant diligent, celui-ci aura le droit de tirer de l'acte (la déclaration) toutes les conséquences qui lui sont profitables.

Sous une autre forme, l'erreur doit se manifester par des indices objectivement perceptibles pour celui qui reçoit la déclaration, sinon elle constitue pour le déclarant un des risques de son initiative ¹.

SUR LA THÉORIE DE LA CAUSE

Ainsi que nous l'avons dit, dans le système de la « volonté », toute erreur dans les causes

1. Nous verrons dans quelles difficultés, faute d'avoir osé aller jusque-là, a été jeté le législateur allemand par la nécessité d'introduire le point de vue objectif dans l'ancienne théorie de l'erreur

de la volonté devrait être irritante ; car l'acte n'est réellement voulu que sous cette condition qu'il atteindrait le but poursuivi, ce but fût-il d'ailleurs totalement ignoré de l'autre partie. En fait, jamais le droit positif n'est allé jusque-là, et le législateur a, chez nous, fait le départ entre les diverses causes, ne retenant que la plus immédiate et reléguant les autres au deuxième plan sous le nom de « motifs ». De telle sorte qu'en n'attachant la sanction de la nullité qu'à l'erreur sur le but le plus prochain appelé la *cause* du contrat, on a ainsi constitué arbitrairement ce que M. Saleilles appelle « le contenu juridique du contrat », contenu qui est le même pour tous les actes de même nature, sans que l'on ait à prendre en considération ce que les parties ont, dans chaque espèce, eu l'intention particulière de réaliser, et qu'il ne reste plus de la sorte aux parties, dont le législateur néglige la volonté, que la ressource, lorsqu'elles veulent modifier ce contenu légal, d'apposer à l'acte une condition.

Voilà donc à quoi aboutit, dans la pratique, le système de la volonté autonome : « La délimitation du contenu d'un acte juridique échappe à l'autonomie de la volonté privée. » (Saleilles, *op. cit.*) Dans le système de la « déclaration », au contraire, la nullité pour erreur sur la cause est délimitée par le contenu même de la déclaration. Le déclarant, en composant sa déclaration,

y introduit ce qu'il veut, et ce qu'il y introduit devient essentiel, de telle sorte que, si une erreur a été par lui commise sur les points visés par sa déclaration (et que cette erreur présente les conditions objectivement exigées pour pouvoir être opposée aux tiers), il pourra se dégager. C'est lui-même qui forge sa chaîne comme il l'entend; car « tout ce que les parties ont introduit dans la déclaration est cause, et tout ce qui en est exclu est motif, quel que soit d'ailleurs le degré abstrait de proximité ou d'éloignement du mobile ». (Meynial, *op. cit.*) Nous en arrivons ainsi à respecter beaucoup mieux la volonté des parties, dans le système de la déclaration, que dans le système du droit français, édifié cependant sur le principe de l'autonomie de la volonté. La déclaration, en effet, reflétera toujours, ou au moins vraisemblablement, avec plus d'exactitude, la volonté des parties que la formule générale et abstraite de la loi *corrigée* par les parties au moyen de l'apposition de conditions et de l'insertion de modalités.

SUR L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE DES CONTRATS

La substitution de la déclaration à la volonté interne comme base de l'acte juridique a pour conséquence que le juge devra s'appliquer à découvrir, non plus ce que le déclarant *a bien*

pu vouloir dans son for intérieur, mais ce que la déclaration *autorise à croire* qu'il a voulu. Le juge appréciera la déclaration, non pas comme le résultat des volitions, des idées ou des états d'âme du déclarant, mais comme un phénomène propre à provoquer une compréhension et une interprétation bases d'une action chez le récepteur : chez un récepteur qui soit l'homme prudent et sage qui se décide d'après le bon sens et le sens commun tel que nous l'avons décrit précédemment. Autrement dit, l'interprétation de la déclaration se fera, non par les pensées qui l'auront environnées dans l'esprit du déclarant, mais, en égard aux traditions d'esprit communes à tous, par les pensées et les volitions qu'elle aura provoqués — que l'on pouvait s'attendre à ce qu'elle provoquât, chez le récepteur.

Le juge devra s'attacher à découvrir quelle opinion des gens éclairés et normaux se feraient, d'après le sens commun (car le bon sens est une notion subjective qu'il faut écarter ici) de la déclaration qu'il a à juger, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle s'est produite. Et c'est d'après ces idées qu'il décidera à quoi s'est exposé le déclarant et à quoi il est tenu. Dans le contrat notamment où, les intérêts sont en général antinomiques et où sur les points douteux, les parties n'ont pas pu avoir de volonté commune (selon toute vraisemblance du moins),

il décidera » *ex æquo et bono* », comme les gens de bien que nous venons de décrire eussent eux-mêmes décidé ; car il n'y a pas de raison de lui permettre de sacrifier une des parties à l'autre ni *a fortiori* de l'y contraindre. Bien plus, dans les cas où, par exception, il ressortira des déclarations, envisagées objectivement, que les parties, d'accord sur le but à atteindre, se sont trompées sur le choix des moyens appropriés à sa réalisation, il pourra, substituant, comme dit Ihering, « la logique du but à la logique des moyens », refaire ou corriger leur opération, de manière à leur procurer l'exécution de leur volonté téléologique, malgré l'imperfection de leur connaissance des moyens propres à y parvenir.

Ces conséquences de la théorie nouvelle en forment peut-être la partie la plus originale, et par suite, celle qui a soulevé les résistances les plus vives. Ces critiques viennent, en général, de ceux qui ont plus peur des mots que des choses, et qui nous reprochent de tendre vers le socialisme, sans voir qu'entre le socialisme philosophique et le socialisme machine de guerre politique, il y a un abîme, et que, dans le premier, tout n'est pas à rejeter sans examen. (Nous verrons, d'ailleurs, que le parti socialiste démocrate allemand fut, au Reichstag, lors du vote du nouveau Code civil allemand, le défenseur des idées abstraites *a priori*, et, par suite, l'adver-

saire du système que nous défendons, système qui repousse avec énergie l'application au monde social de principes philosophiques purement rationnels et *a priori*.)

Voici le résumé de ces critiques, telles qu'elles sont formulées par M. Meynial dans son étude sur le livre de M. Saleilles. (*Op. cit.*, II.) Jadis l'individu était tout dans le contrat ; maintenant on s'efforce, au moyen de l'interprétation, de lui substituer le juge comme incarnation de l'équité. A Rome, l'individu était seul l'artisan de sa fortune juridique : avec la formule solennelle, hiératique c'était tout ou rien ; qu'il se trompât ou qu'il tombât juste, le juge n'y pouvait rien. La responsabilité absolue du déclarant est le prix de sa complète indépendance et de son entière sécurité. Avec le système de la bonne foi, le danger apparaît ; car, si le juge peut souvent par l'interprétation rétablir la volonté véritable, il lui arrivera aussi quelquefois de la modifier sous prétexte de la rétablir. Toutefois, l'individu reste encore l'organisateur de l'acte juridique : il a voulu vendre, il a vendu ; pourvu qu'il ne se soit pas trompé sur l'acte qu'il faisait, le juge lui en appliquera les conséquences : c'est d'ailleurs de ce prix qu'il paie son indépendance presque entière vis-à-vis du magistrat. Dans une doctrine plus moderne, on prend en considération le but que s'est proposé le sujet, et on laisse au

juse la possibilité de modifier les moyens, s'ils sont mal adaptés pour y parvenir. L'individu n'est plus qu'une sorte d'incapable qui indique ce qu'il veut faire, et auquel on fait pour lui la partie juridique de la réalisation de sa volonté¹. Certains doctrinaires allemands sont même allés plus loin; et, montrant combien la volonté est en général obscure, aveugle, facile à duper, gauche dans l'emploi des moyens et le choix des raisons de détermination, ils ont fait du magistrat un tuteur qui, le but donné, non seulement a le choix des moyens pour le réaliser, mais encore peut modifier ce but dans l'intérêt bien compris de l'individu, ou même dans l'intérêt social; car la déclaration jetée dans le courant de la vie juridique est devenue un fait social et d'intérêt collectif. « Le contrat, écrit-il, n'apparaît pas sous la couleur essentiellement égoïste qu'on

1. Cette hypothèse peut se présenter en matière de déclarations contractuelles, mais à titre tout à fait exceptionnel; car il faudrait supposer qu'il ressortit de l'examen objectif des deux déclarations que les parties se sont trompées sur le choix du moyen (du « contrat », dans l'espèce) propre à réaliser leur volonté finale commune: il nous est donc permis de nous demander si, sauf erreur de notre part, M. Meynial n'aurait pas quelque peu confondu le pouvoir du juge en présence d'une déclaration de volonté inadéquate au but poursuivi avec son pouvoir en matière de contrats. En tout cas, ce sont là des théories tout à fait étrangères au système de la déclaration et à ses conséquences logiques immédiates (cf., sur la matière, Ihering, *Zweck in Recht*), tant en ce qui concerne les déclarations unilatérales ayant effet et valeur par elles-mêmes (dont nous ne traitons pas ici) qu'en ce qui a trait aux déclarations émises en vue de la formation d'un contrat.

lui donnait autrefois; il est autant une manifestation individuelle de l'activité collective, un événement où le souci de l'intérêt général se trouve accidentellement confié à tel ou tel qui en est comme le porte-drapeau et l'agent. La mission du juge est, dès lors, de contribuer à faire ressortir ce caractère collectif de l'acte en maintenant l'égalité sociale, que le contrat (par la supériorité de l'habileté de l'une des parties) pourrait altérer. (Cela concorde bien avec les théories qui dissolvent l'individu dans la collectivité pour n'en faire plus qu'une cellule inerte.) Voilà le terme même de ce progrès, qui aboutit, chez quelques-uns, à la suppression même du contrat, exigeant qu'au moment de la passation, les clauses en soient soumises à une revision dans le sens que peuvent réclamer l'équité et la justice. »

Ces critiques nous émeuvent peu, parce que, nous le répétons encore, si quelque chose nous paraît vrai, juste et bon, nous ne devons pas le rejeter par crainte des transformations qu'il subira dans l'avenir et des conséquences qu'il produira peut-être demain, c'est-à-dire peut-être jamais. M. Meynial lui-même le reconnaît: il nous fait un procès de tendances; or, ce n'est pas par ce moyen que l'on réfute la vérité d'un système. Nous n'en sommes pas d'ailleurs arrivés à l'avènement des théories dont M. Mey-

nial redoute l'application, application que, pour notre part, nous ne redoutons pas; car, si un jour elles venaient à s'imposer, c'est qu'elles seraient devenues adéquates aux besoins économiques et sociaux du moment. Et nous n'en sommes pas là. Nous en sommes même, croyons-nous, fort loin, et nous verrons ce qu'il faut, d'ailleurs, penser des critiques de M. Meynial au point de vue pratique, quand nous exposerons le régime des contrats dans le nouveau Code civil allemand, et l'influence qu'a eue la théorie de la déclaration sur la matière.

Au point de vue purement théorique, il est bien évident que, dans le système nouveau « de la déclaration », le juge aura le pouvoir d'arbitrer quel était le sens naturel de la déclaration, eu égard à la bonne foi, à l'équité, aux usages, en un mot à la conscience juridique du moment; mais il n'en résulte nullement qu'il aura le pouvoir de refaire le contrat suivant des conceptions spéculatives d'utilité sociale ou autres. L'étendue même de ses pouvoirs en produira même la modération: le juge ne pourra pas, dans des espèces identiques objectivement (en admettant même que sa première solution soit arbitraire), donner des solutions différentes, alors qu'il le peut toujours avec le système, au moins aussi arbitraire, de la recherche de la volonté subjective. En effet; 1° il doit se servir, pour

juger les différends qui lui sont soumis, de critères puisés non pas dans ses propres idées, ou sa propre conscience, mais dans la constatation de celles de la société qui lui a conféré ses pouvoirs, et cette constatation objective, coutumière en quelque sorte, pourra être refaite et le jugement révisé par des juridictions d'appel, statuant *en droit*, et par l'opinion publique ; 2° une fois qu'il aura constaté qu'une telle déclaration s'est produite dans telles circonstances, et que, cela étant posé, il y a lieu, suivant les usages et l'équité, de l'interpréter d'une telle façon, il ne pourra pas dire qu'une autre déclaration, se produisant dans des conditions identiques, doive être interprétée différemment. Par conséquent, en admettant que notre juge ait un peu du pouvoir qu'avait le préteur antique ; qu'il puisse parer aux nécessités sociales qui viendraient à se révéler en tirant les règles qu'il applique, soit de la constatation des opinions ambiantes, soit, à défaut d'opinion coutumière ainsi formée, de ses propres idées d'équité et de justice, dans chaque cas concret il n'y aura plus qu'une seule solution possible ; car on ne pourra plus alléguer l'existence de différences connaissables du seul magistrat pour justifier des décisions différentes dans des cas qui se présenteraient comme identiques *in concreto*. On ne peut donc pas dire qu'un tel

pouvoir confine à l'arbitraire plus que ce qui existait auparavant, plus que n'y aboutissait le pouvoir du magistrat romain. Et il est au surplus devenu à nouveau indispensable, en admettant même qu'il puisse être dangereux, ce pouvoir conféré au magistrat par les « doctrinaires allemands », car aujourd'hui ; les rapports juridiques se compliquent au moment où toute une classe nouvelle vient d'être jetée dans le torrent de la vie juridique, au moment où les anciens rapports de patronat, plus empreints de cordialité et de pitié, disparaissent. C'est là la grande utilité et la raison d'être immanente de ce mouvement d'interprétation qui a pour but l'utilisation du juge et de ses lumières ; mais c'est là précisément ce qui nous fait croire que ce mouvement est juste, et qu'il est vain de s'y opposer, puisqu'il correspond à une nécessité sociale. Nous l'avons déjà dit, si le système de la déclaration s'y prête, si les auteurs qui en furent les protagonistes ont adhéré à cette théorie nouvelle, et si nous y adhérons nous-même, nous ne croyons cependant pas qu'aucune nécessité logique lie au sort de ce système celui que nous avons développé et soutenu jusqu'ici. Est-ce à dire pour cela que, s'il en était ainsi, nous y verrions un grand danger ? Nullement ; et comment les partisans de l'autonomie de la volonté pourraient-ils nous jeter la pierre quand nous propo-

sons de permettre au magistrat, en tenant compte des volontés téléologiques *indiquées par les déclarations*, de refaire l'acte qui n'a été voulu que comme *moyen* pour mieux réaliser la *fin*, qui seule a été voulue réellement ? M. Meynial prétend que l'intervention du magistrat risque de conduire à l'inertie juridique : ... Si, dit-il, cette œuvre de protection sociale doit être payée au prix de l'affaissement de l'esprit d'initiative juridique, ne vaudrait-il pas mieux laisser la lutte avoir lieu, tout en offrant aux ouvriers, au moyen des associations (et des lumières qu'elles peuvent leur procurer et mettre à leur disposition), un secours qui la rende égale, de telle sorte que la paix soit le résultat d'un combat où les deux parties auraient mesuré leurs forces. Il n'y a de bonne paix que celle que les parties ont consentie, non celle que leur impose un tiers, fût-il un arbitre investi de la puissance publique : « Le droit n'est, au fond, que la réaction de l'individu contre le mécanisme social unificateur si l'individu ne réagit pas, ce n'est pas à une transaction heureuse et fortifiante que l'on arrive, mais à une dépression collective. » (Meynial, *op. cit.*, *ibid.*).

Mais là est précisément la question : rien ne prouve rationnellement ni pratiquement que l'intervention du magistrat doive aboutir à une dépression collective.

Le pouvoir du tuteur est-il déprimant pour le pupille? Peut-être... Qui oserait prétendre qu'il faille le supprimer, et, de peur d'entraver le développement précoce et intégral de l'initiative du pupille, qu'il faille le livrer à lui-même? Quel est le rôle de l'État et de ses agents? Quel est le rôle du droit, sinon de prévenir les conflits, et rien prouve-t-il que la paix soit moins stable qui repose sur l'arbitrage d'un tiers que celle qui repose, pour l'une des parties, sur l'amertume d'une défaite et sur le désir d'une revanche? Mais il y a plus : le magistrat va-t-il de lui-même se saisir des questions qu'il tranche?... Non, elles sont portées devant lui. Que si donc, les individus ont recours à lui alors qu'ils savent par avance que leurs intérêts ne sont protégés par la société que dans *son* intérêt propre, et dans la mesure où cet intérêt le commande, ils n'ont pas à s'étonner que la société fasse subir à leurs prétentions (par les soins de son agent), avant de les sanctionner, les modifications qui semblent utiles à l'intérêt général dont ils se réclament, puisque ce n'est qu'à ce titre qu'ils peuvent demander que l'on s'occupe de leurs intérêts particuliers.

Nous ne croyons donc pas démontrés les inconvénients de l'octroi au juge d'un pouvoir tutélaire et d'une autorité suffisante pour modifier les conventions et les actes dans un sens

conforme à l'intérêt social ; mais encore est-il, qu'il nous soit permis de le répéter, qu'un tel pouvoir ne résulte aucunement d'une façon nécessaire du systême « de la déclaration ».

Nous croyons, bien au contraire, que la substitution à l'interprétation basée sur une recherche de volonté subjective, d'une interprétation d'après des critères objectifs est plutôt fait, si elle les modifie (et elle les modifie), pour restreindre les pouvoirs du juge. Nous avons précédemment dit pourquoi. Le seul domaine, en effet, où pourrait s'exercer l'arbitraire du magistrat est celui de la détermination des règles d'équité d'usage et de bonne foi. Or, s'il est évident que ces choses-là sont purement historiques et locales, encore est-il qu'elles sont infiniment mieux et plus clairement connues du public que les textes de loi ; de telle sorte que, si l'on tourne celle-ci quand et comme on veut, avec des raisonnements d'apparence géométrique, il est à peu près impossible d'en agir de même avec les usages et avec l'équité sans porter, dans l'opinion, la responsabilité de sa décision. On n'a pas là, en effet, de textes hiératiques derrière lesquels on puisse s'abriter ; car ces règles résistent à toute codification, et il faut en laisser l'appréciation, la constatation à un être vivant au lieu de les figer par la promulgation d'un texte, mort presque aussitôt après sa naissance, sinon

avant. Mais il suffit alors, croyons-nous, pour éviter l'arbitraire, d'imposer à cet homme le devoir de se décider d'après les idées de ses concitoyens et non d'après ses conceptions subjectives, de poser en principe qu'il a reçu d'eux l'autorité pour leur rendre *leur* justice et non la *sienne*, et que, dès lors, il doit juger, sur les faits (les déclarations) qu'il constate, avec d'autres faits qu'il constate, et que tout le monde peut constater aussi bien que lui : l'équité et les usages tels que les conçoivent les justiciables. Si, de la sorte, il y a une place pour l'arbitraire, elle nous semble infiniment moindre, en tout cas, que dans le système de la « volonté » ; car (c'est là son principal avantage) le système que nous venons d'exposer laisse au juge la responsabilité morale de sa décision et il ne lui permet pas de s'y soustraire.

L'irresponsabilité de ceux qui les font a tué chez nous le respect des lois ; l'irresponsabilité de ceux qui les interprètent a tué, chez nous, l'autorité morale des décisions des juges ; et, comme disait Schlossmann (der Vertrag), en fait, les juges appuient leurs décisions sur les règles dont on les a nourris étant étudiants, mais ils en puisent le dispositif dans leurs idées subjectives et les soi-disant principes directeurs, et les textes de loi avec les innombrables controverses dont leur sens est susceptible ne figurent dans

les « considérants » que pour la forme, comme les figures des monstres marins, jadis sculptées à la proue des navires paraissaient, les conduire. Là est presque toujours la vérité : les magistrats, seulement après avoir discuté le dispositif, se préoccupent des motifs dont ils l'assaisonneront, comme les jurés, après avoir voté sur la peine à infliger au coupable, font cadrer les « oui » et les « non » au bout des questions pour obtenir le résultat qu'ils ont eu en vue. Qu'on le veuille ou qu'on ne le veuille pas, il ne saurait en être autrement ; car, même parmi les magistrats de carrière, les hommes sont rares qui se décident « per fas et nefas », *en vertu de raisonnements de logique verbale*, sans se préoccuper de savoir si le résultat répugne à leur conscience. Nous nous hâtons d'ailleurs de le proclamer : ce n'est pas là pour nous l'idéal du magistrat.

Mais pourquoi donc alors l'apparence ne serait-elle pas conforme à la réalité ? Pourquoi toujours forcer le juge à s'abriter derrière une soi-disant interprétation mécanique des textes, alors qu'on sait parfaitement que de ce mécanisme, il joue, à bien peu de chose près, comme il veut ? Il n'en résulte qu'une chose : c'est que les décisions justes n'augmentent pas la considération dont il jouit, mais qu'il porte quand même le discrédit de celles qui ne le sont pas ;

car chacun est convaincu qu'il aurait pu trouver un moyen de les éviter.

Nous n'entendons aucunement, en adoptant les critiques de Schlossmann, tomber dans ses exagérations (ou du moins ce qui nous semble tel) nous ne sommes pas, actuellement, partisan de la suppression de toutes les législations pour livrer le juge à son seul sentiment subjectif de l'équité ; mais ce que nous voulons dire, c'est que, dans un grand nombre de cas où une réglementation générale et uniforme ne s'impose ni comme désirable ni même comme possible, il faudra laisser au juge le soin de reconnaître quels sont, *en fait*, les usages et la justice.

Que l'on ne nous objecte pas le mot de Voltaire : « Ce qui est vrai dans le faubourg Montmartre devient faux dans l'abbaye de St-Denis... Dieu ait pitié de nous ! » car, c'est précisément pour cela, c'est précisément parce que le juste et le vrai, en tant qu'ils sont humains, sont essentiellement relatifs, parce que les concepts du juste varient à l'infini ; qu'il faut juger humainement les choses humaines, et qu'il faut, autant que faire se peut, laisser aux magistrats le pouvoir de juger les actes juridiques « in concreto », c'est-à-dire *a posteriori*, d'après les circonstances concomitantes à leur production, et qu'il faut se garder, dans toute la mesure du possible, de chercher à leur imposer des règles

abstraites et *a priori* qui ne les gêneront que pour faire le bien et, le plus souvent, si elles leur servent, leur serviront que de prétexte pour se dispenser de tout effort dans la recherche de la vérité et de la justice.

Nous ne croyons pas même qu'il y ait là *en réalité* une extension des pouvoirs du juge; mais, en admettant même que le système de la déclaration dût aboutir à une extension considérable (quoique, nous le répétons encore une fois, cela ne nous semble pas en être une conséquence nécessaire) du pouvoir arbitral du juge, nous ne saurions y voir, dans les conditions actuelles de la vie sociale, une objection contre son admission, bien au contraire.

Nous avons, d'ailleurs, dans notre pays même, un exemple de ces pouvoirs étendus du juge; cet exemple nous est offert par les tribunaux de commerce et par les conseils de prud'hommes, où la grande majorité des décisions est uniquement appuyée sur l'usage et sur l'équité. Qui soutiendrait que ces décisions soient incohérentes et arbitraires, ou que le rôle régulateur des usages et conservateur de la bonne foi dans les relations commerciales dévolu aux tribunaux de commerce, ait eu pour effet de déprimer et d'anéantir l'initiative juridique individuelle des commerçants?? Elle n'a ruiné que l'activité procédurière des gens de loi.

Ainsi donc, nous ne croyons pas qu'au point de vue purement rationnel, on puisse élever une objection bien sérieuse contre le système que nous préconisons : si du moins cette objection existe, nous ne l'avons pas encore rencontrée. Qu'elle vienne un jour à se produire, nous n'en doutons pas ; car, ainsi que nous l'avons déjà dit, la vérité est historique en matière sociale, et les idées qui sont vraies, justes et bonnes aujourd'hui pourront demain, en raison des progrès de l'humanité, être inadéquates aux exigences de la vie sociale et, par conséquent, apparaître comme fausses et surannées.

C'est pourquoi nous ne concluons pas cette étude théorique en disant que le système « de la volonté » soit absurde ; nous disons simplement que nous croyons qu'il a cessé d'être vrai, et nous en voyons un symptôme dans la simplification de la législation. Avec l'ancien système, la matière était surchargée de textes législatifs (cf. le Droit français) ; avec le nouveau, il en est tout autrement. C'est qu'en effet plus un instrument se perfectionne et plus il devient simple, au moins en apparence. Il en est ainsi de l'appréciation par les juges des rapports juridiques ; le juge moderne serait, semble-t-il, si on regarde superficiellement les théories nouvelles de la déclaration, aussi libre de toute entrave et de tout principe directeur obligatoire que le chef

sauvage rendant la justice sous l'arbre du conseil dans les romans de Fenimore Cooper. En réalité, il n'en est rien, et le juge a, pour le guider, une foule de critères d'idées et de principes qui lui facilitent et lui précisent sa tâche : ces idées lui ont été acquises par les errements passés. Si les règles qu'il a à observer semblent se simplifier et ont été simplifiées en effet, cela tient à ce que les civilisations, après s'être lancées dans une codification à outrance, se sont aperçues que cet amoncellement de décisions de droit positif sur des points de détail était une œuvre inutile, parce que l'abondance des règles embarrassait le magistrat au lieu de lui servir, et que cet excès d'analyse était un effort infructueux, s'il n'était suivi d'une synthèse destinée à éclaircir les idées ou les simplifiant. Mais il y a loin de cette simplicité consciente d'elle-même au simplisme inconscient des peuples primitifs, aussi loin qu'il peut y avoir de l'idée d'ensemble que peut avoir un profane d'une machine compliquée à celle que peut en avoir un ingénieur qui vient de la remonter après l'avoir démontée, aussi loin qu'il y a de la « déclaration de volonté » à l'antique *uti lingua nuncupāssit, ita jus esto*. Bien certainement, les deux choses se ressemblent, à première vue ; mais, dès qu'on les examine et plus on les examine, plus elles paraissent dissemblables. Oser les comparer ensemble est aussi

juste que de comparer la hache de silex des premiers âges avec le microtome d'un laboratoire moderne, parce que tous deux ont un caractère général commun : ils coupent.

Nous croirions faire injure à ceux qui nous font l'honneur de nous lire en insistant sur les différences qu'il peut y avoir entre la déclaration de volonté et un acte formel, si simplifié qu'en soit le formalisme ; en faisant remarquer que la solennité sacramentelle, essentielle dans l'un, est totalement absente de l'autre¹ ; qu'enfin, dans l'un, c'est la solennité qui a une valeur juridique positive *in se*, et que le fait de l'avoir accompli est soit la cause, soit, tout au moins, la condition essentielle de la naissance de l'obligation ; tandis que, dans le système de la déclaration, l'acte en soi-même n'a aucune valeur : il ne produit d'effets que par la responsabilité qu'il fait naître et par suite des conséquences qu'il peut avoir pour les tiers.

Nous ne prendrons donc pas assez au sérieux pour le discuter ici le reproche fait par un auteur au système que nous exposons d'être une résurrection de la « *causa civilis* » ; car, s'il peut à

1. Est, en effet, déclaration de volonté tout acte *quelconque* de l'individu susceptible d'être raisonnablement considéré, eu égard aux circonstances dans lesquelles il se produit, comme une manifestation non équivoque de son intention (ce qui n'exclut pas nécessairement la forme tacite, comme nous l'exposerons ci-après), de réaliser certains effets de droit.

première vue y avoir une analogie lointaine, un examen un peu attentif la fait disparaître.

Et, pour mieux faire apprécier la portée pratique et la valeur sociale des théories dont nous venons d'exposer le schéma purement rationnel et théorique, nous allons tenter d'esquisser à grands traits les transformations que l'adoption partielle du système de la déclaration par les auteurs du nouveau Code civil allemand, a fait subir à la matière des contrats dans cette œuvre législative. Ce travail sera la meilleure réponse que nous puissions faire à l'objection qui consiste à dire que l'adoption de ce système est sans portée pratique ; car on verra ce qu'a pu être son influence, même admise presque inconsciemment ou, tout au plus, transactionnellement¹.

1. Dans une assemblée législative, en effet, les partisans d'une idée traditionnelle parviennent toujours à empêcher une idée nouvelle de passer d'une façon complète et unitaire, ce qui pourtant serait, en général le meilleur moyen qu'elle produisit les fruits qu'elle doit produire, et partant, de la juger.

INFLUENCE DU SYSTÈME DE LA DÉCLARATION
SUR LA NOTION DU CONTRAT
DANS LE NOUVEAU CODE CIVIL ALLEMAND

Nous nous sommes principalement inspiré, en cette matière, de l'ouvrage ¹ de M. Saleilles (Paris, Pichon, 1901, De la déclaration de volonté) dont l'exégèse pas à pas du texte allemand permet de se mettre au courant de l'état pratique du droit allemand, d'une façon presque aussi parfaite que si l'on avait fréquenté les tribunaux et les universités d'outre-Rhin.

1. Cf. note 1, p. 80.

LA DÉCLARATION

Nous avons déjà dit ce qu'était la déclaration, et notre définition est celle qu'a adoptée le Code civil allemand, art. 116-130, puisqu'il suffit, selon lui, pour qu'il y ait déclaration, que l'acte se manifeste à l'extérieur comme impliquant réalisation d'une volonté juridique interne. Par suite, c'est là une conséquence logique du système nouveau : il n'y a plus à distinguer entre la déclaration expresse et la déclaration tacite. Tous les efforts de Savigny, de Bekker, de Endemann pour réintroduire cette antique distinction sont demeurés infructueux. Savigny disait : sera déclaration expresse celle qui donne une expression directe de la volonté qu'elle traduit ; sera déclaration tacite celle qui en donnera une expression indirecte. Or, ce critérium n'éclairait en rien le débat ; car, par exemple, une déclaration écrite dont le sens ne ressort que de l'interprétation doit-elle être considérée comme une déclaration expresse ? Bekker (*Pandekten*, I, 1889, pp. 68 et s.), Endemann (p. 268, note

B), Isay (Willenserklärung, p. 33) veulent distinguer suivant que le déclarant a eu ou n'a pas eu la volonté de la déclaration, indépendamment de la volonté médiate ou volonté de l'effet juridique à atteindre, auquel cas il y aurait déclaration expresse, quels que fussent les moyens employés, et réciproquement. Mais cette distinction est sans portée, puisque toute déclaration, pour être productive d'effets de droit, doit avoir été voulue ou se présenter comme ayant été voulue en tant que telle ; de telle sorte que, si l'on adoptait la distinction qu'ils proposent, il n'y aurait jamais que des déclarations expresses de volonté.

Nous ne nous appesantirons pas davantage sur le critérium objectif proposé par Zittelmänn (Irrthum. p. 261 et s., R. G., p. 93), qui veut voir une déclaration expresse dans tout acte ou geste qui, d'après les usages ou les habitudes des parties, suffit à équivaloir à déclaration, de telle sorte que le silence lui-même pourrait jouer ce rôle. Cela revient en effet à dire qu'il n'y aura en réalité aucun critérium, et « qu'entre les deux sortes de déclarations, il n'y aura aucune différence fondamentale, mais qu'un degré de plus ou de moins dans la certitude et la précision » (cf. Reg. Pand., p. 503 add., « Ehrlich die stillschweigende Willenserklärung, p. 11 ets.), ce qui nous porte à croire qu'il n'y a nul besoin

d'encombrer la matière d'une distinction de plus, puisqu'elle serait purement quantitative.

Mâis, en revanche, il est une distinction qu'il nous faut indiquer avant d'aborder l'étude de la matière telle que l'a organisée le législateur allemand, parce que cette distinction domine toute la théorie de la déclaration dans le Code allemand. (Il ne faut pas oublier que cette théorie est fort vaste, et que la déclaration contractuelle n'en est qu'une branche.) Cette distinction est celle qu'il établit entre les déclarations qui sont adressées à quelqu'un (qui impliquent réception), et celles qui ne s'adressent à personne (qui n'impliquent pas réception) ¹. Les déclarations qui ne s'adressent à personne, lorsqu'elles produisent un effet de droit vis-à-vis du déclarant, le produisent en vertu du même principe que celui que nous avons posé pour les déclarations contractuelles, en vertu du principe de la responsabilité de l'agent vis-à-vis de sa déclaration, seulement dans les cas sanctionnés, l'intérêt qui pourrait être lésé par la non-exécution (et dont la société prend la défense) étant celui d'une catégorie plus ou moins déterminée

1. Zittelmanni, avait proposé de distinguer les déclarations au point de vue objectif, en déclarations impliquant et en déclarations n'impliquant pas réception; mais le système contraire a prévalu dans le Code civil allemand, qui, se plaçant au point de vue subjectif, distingue suivant que les déclarations sont adressées ou non à un tiers.

d'individus dont les intérêts n'ont pas, en général, au moment de l'acte, de titulaire nominativement désigné ou capable de faire valoir ses droits, la collectivité, qui elle-même a intérêt à ce que ces promesses s'accomplissent, se substitue provisoirement à eux comme récepteur de la déclaration (fondation, reconnaissance d'enfant naturel, renonciation à succession), de manière à la rendre immédiatement irrévocable « per se », sans qu'elle ait besoin de toucher un des intéressés ¹.

Les déclarations à l'effet de contracter sont toutes de la catégorie de celles qui sont adressées à quelqu'un, et cela a un intérêt au point de vue de l'effet de la réserve mentale. Tous les interprètes du nouveau Code allemand reconnaissent en effet que, dans les déclarations qui ne s'adressent à personne, il n'y a pas lieu de tenir compte de la réserve mentale, et que même la déclaration qui au fond n'est pas sérieuse liera le déclarant, si elle se présente comme un acte sérieux, tandis qu'au contraire, en matière de déclaration qui s'adresse à un tiers, la question est encore très controversée.

1. Nous omettons intentionnellement la promesse de récompense et la souscription de titres au porteur, qui peuvent, à la rigueur, être considérées comme des sollicitations *in incertam personam*, et dont le caractère, par rapport à la distinction qui nous occupe, est controversé.

Tandis, en effet, que dans le système de la volonté, ou fait prévaloir la volonté réelle sur la volonté apparente ; dans le système pur « de la déclaration », on fait prévaloir la volonté apparente sur la volonté réelle, si celle-ci demeure inconnue ; on lie le déclarant au sens normal de sa déclaration, parce qu'il a dû s'attendre à être obligé par la signification normale des paroles qu'il a prononcées et des actes qu'il a faits, et que, d'ailleurs, le crédit public l'exige. Seulement, beaucoup d'auteurs n'ont osé pousser ni l'un ni l'autre système jusqu'au bout, et plusieurs (Endemann et Regelsberger, notamment) ont proposé de limiter l'application intégrale du système de la déclaration aux relations d'affaires en admettant la prise en considération des réserves mentales dans les relations de famille (consentement à mariage, reconnaissance d'enfant naturel). De telle sorte que le nouveau Code allemand a adopté sur beaucoup de points une solution transactionnelle, mais qu'après avoir admis dans son projet entièrement le système de la volonté, le pouvoir législatif a fini par voter les articles 116 et 133 et s. permettant au juge, dans *la plupart des cas*, de s'en référer au sens normal et aux circonstances objectives du fait, recherchant moins le sens que le déclarant a voulu donner à sa déclaration que le sens que le tiers, son cocontractant, aurait pu et dû lui

donner, eu égard aux circonstances ; ce qui se rapproche singulièrement du système de la déclaration de volonté¹. (Danz., p. 50 et s., Isay, p. 12, Planck, art. 133, p. 185.)

1. Cf. art. 116... La déclaration de volonté n'est annulée par une réserve mentale que « lorsqu'elle est de celles qui doivent être adressées à un tiers, et que celui-ci avait connaissance de la réserve mentale de l'auteur de la déclaration ». Il est évident par soi-même, et les partisans des deux systèmes étaient d'accord sur ce point, que, si les parties connaissent le sens exact d'une déclaration dont le sens apparent est différent, ou, mieux encore, si elles se sont concertées pour produire cette différence, elles ne sauraient être liées *l'une par rapport à l'autre* que par le sens réel, le langage ordinaire devenant ainsi entre elles, par l'effet de leur accord, une sorte de langage cryptographique. Seulement, cela devrait n'être vrai qu'entre les parties ; car, vis-à-vis des tiers, si le contrat doit produire un effet quelconque à leur égard, le système « de la déclaration » exigerait que le sens normal seul produisît effet, tandis que le Code civ. all. nouv. décide (art. 117) que l'acte réel caché produira tous ses effets s'il est licite. M. Saleilles fait remarquer avec raison qu'on eût dû exiger que, pour produire de tels effets au respect de ceux qui n'y ont pas été parties, l'acte comportât une indication de son sens réel, ou tout au moins, se produisît dans des conditions telles que les tiers pussent s'attendre à cette substitution d'un acte à un autre. Pour ces tiers, les déclarations contractuelles devraient se comporter comme les déclarations qui ne s'adressent à personne ; car toutes les déclarations sont sanctionnées dans le même intérêt, à savoir, l'intérêt public, qui, dans presque tous les cas (pour ne pas dire tous) ne se manifeste que sous forme d'intérêts privés directs, personnellement ou impersonnellement prévus. Et, dès lors, les tiers (et en général tous ceux qui se trouvent en présence d'une déclaration) n'ont le droit de se plaindre, ou mieux de s'en tenir au seul sens normal des termes, qu'autant qu'ils n'ont pas pu trouver, dans les circonstances concomitantes de l'émission (ou dans la déclaration elle-même), des raisons de douter de la portée et de la valeur absolue d'icelle. Ainsi inclinons-nous à voir, avec Isay (p. 16-17, note 1^{re}), Planck (art. 118) et Cosack (Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Recht, p. 201), dans l'art. 118 du nouveau Code allemand, un retour vers la théorie de la déclaration, et non, comme le dit M. Saleilles, un retour vers la théorie de la volonté, puisque

LA DÉCLARATION EN ELLE-MÊME ET SON RÔLE DANS
LES CONTRATS

Tout contrat se décompose nécessairement en deux déclarations au moins et, comme nous l'avons dit dans ce qui précède, en deux déclarations impliquant réception. Chacun de ces deux phénomènes doit donc, quant à ses modes de production, et quant aux règles de sa perfection, quant à sa portée et quant à ses effets enfin, être étudié isolément.

Lorsque nous aurons terminé cette étude, qui comprend, non seulement la formation de la déclaration, mais l'examen des vices qui peuvent rendre cette formation incomplète et inefficace (erreur, dol, violence, incapacité), et de ceux qui peuvent empêcher une déclaration régulièrement émise de produire le effets qu'en attendait son auteur ; lorsque nous aurons exposé les règles admises par le Code allemand pour l'interprétation de la déclaration et, notamment, celles qui s'appliquent à la déclaration contractuelle, nous aurons examiné à peu près tout ce que la théorie de la déclaration appliquée aux contrats

ce texte dit que, dans la déclaration non sérieuse faite *per jocum* le sens sera apprécié objectivement, c'est-à-dire que le sérieux en sera jugé d'après les circonstances, tandis que la logique du système de la volonté, s'il était admis, conduirait à exiger qu'il fût jugé subjectivement.

a (du moins en tant que conséquences immédiates) produit de nouveau en droit allemand. Il appartiendra alors à ceux qui nous auront fait l'honneur de nous lire de dire si la distinction que nous proposons au début était purement logomachique et sans conséquences pratiques ².

1. Nous avons dit précédemment qu'il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre la déclaration expresse et la déclaration tacite; mais comment accorder cette théorie avec la distinction admise par le droit allemand entre les déclarations qui impliquent et celles qui n'impliquent pas réception? (Les déclarations à l'effet de contracter sont, avons-nous dit, en principe, toujours de la première catégorie; car même la déclaration adressée à une collectivité indéterminée, le public, est adressée à quelqu'un; le type de la déclaration qui ne s'adresse à personne est la renonciation à succession.)

On conçoit, en effet, assez difficilement sous la forme tacite une déclaration directement adressée à quelqu'un, de telle sorte que les principes que nous exposerons sous l'art 130 Code allemand, relatifs aux modes d'efficacité et de perfection de la déclaration seront inapplicables, et cependant on ne peut repousser l'efficacité de la déclaration tacite; car toute volonté qui apparaît objectivement comme certaine, et se manifestant d'une façon voulue comme productive d'effets de droit doit produire les effets qui ont été visés. Il y a là un léger défaut de logique du système allemand, que M. Saleilles a relevé, et que la probité scientifique nous impose le devoir de signaler, et auquel M. Saleilles a d'ailleurs proposé une solution fort ingénieuse. (Voir ci-après.)

2. Art. 130 Code civil allemand: Une déclaration qui est de celles qui doivent être adressées à un tiers devient productive d'effets, à supposer qu'elle lui soit adressée en son absence, au moment où elle lui parvient. Elle est inefficace lorsque, antérieurement ou en même temps, parvient au tiers une révocation.

Pour ce qui est de l'efficacité de la déclaration, il est sans influence que celui qui l'a faite meure ou devienne incapable, pourvu que ce soit après l'émission de la déclaration.

Ces dispositions s'appliquent également à la déclaration adressée à une autorité.

LES STADES DE L'ÉVOLUTION DE LA DÉCLARATION

Si donc, le législateur allemand, comme nous l'avons dit, admet que la déclaration de volonté est la base de tout dans le contrat (et même dans les actes juridiques qui proviennent de l'activité privée), un problème se posait qu'il devait résoudre à l'aide de critères objectifs, dans l'intérêt du crédit public. Quand un individu sera-t-il obligé par des actes émanés de lui, revêtant la forme de manifestations de sa volonté ? Ou, sous une autre forme, sera-t-on obligé dès qu'on aura prononcé des paroles quelconques d'où puisse résulter une promesse ? ou, au contraire, faudra-t-il que cette promesse soit accompagnée de phénomènes de volition subjectifs, de la volonté de produire des effets de droit ? Et ce problème se compliquait d'une autre question lorsque la déclaration, au lieu d'être faite entre présents, était adressée à un absent par les modes actuellement usités de correspondance, de telle sorte qu'un temps plus ou moins considérable pût s'écouler entre son émission et sa réception par le destinataire. La déclaration n'étant pas un phénomène instantané comme la pensée, quand son auteur serait-t-il lié par elle ? quand serait-elle réputée parfaite et irrévocable ?

L'introduction du point de vue subjectif dans la solution à donner à la première question était fort dangereuse ; car, si l'on eût dû rechercher la « volonté de la déclaration » pour savoir si cet acte est valable, autant valait en rester au système ancien ou à peu près ; aussi a-t-on admis que la volonté de la déclaration serait présumée chez le déclarant *juris et de jure* (ceci est une manière de parler, car il n'y a pas de présomption de ce genre en droit allemand), aussi longtemps qu'une des circonstances objectives concomitantes à l'acte n'eût pas dû éveiller les doutes du récepteur ; ce qui, dans cette hypothèse, comme dans toutes les autres, s'il a passé outre, l'expose aux aléas de la recherche de volonté.

Pour ce qui est de la déclaration entre absents, à la suite d'une étude très approfondie des stades que parcourt la déclaration, on est arrivé à un système très intéressant, que nous allons nous efforcer d'exposer. Mais nous pouvons dire dès à présent que, partant de cette idée que la déclaration est sanctionnée dans l'intérêt de celui qui la reçoit, on a admis que, si elle peut être considérée comme un phénomène juridique avant de parvenir au destinataire, ce n'est qu'une fois qu'elle l'a touché (juridiquement, non effectivement) qu'elle lie le déclarant par l'effet du droit que cette réception fait naître en la personne du récepteur.

LES MOMENTS DE LA DÉCLARATION

La déclaration, en tant que fait matériel, est un acte dont l'exécution juridique comprend plusieurs degrés :

I° *Les phénomènes psychologiques*, idées, désirs, jugements, choix des moyens qui aboutissent à l'acte de volition final, à la résolution subjective, qui, si parfaite, si absolue, si irrévocable en soi qu'on le suppose, est, *isolément*, dénuée de toute valeur juridique exactement comme l'intention en matière pénale.

II° La *simple manifestation énonciative* le deuxième stade, n'est guère qu'une possibilité théorique, car, en général, il se confondra avec le suivant. Les théoriciens de la déclaration ne l'admettent même pas en général, car, disent-ils, à quoi reconnaîtra-t-on qu'on se trouve en présence d'une simple manifestation de volonté, ou, au contraire, d'une déclaration tacite? Il faudrait, en effet, supposer que la volonté précédente (I°), au lieu de « s'actuer » (pour employer un barbarisme philosophique) sous forme de déclaration ait simplement été l'objet d'une pure constatation par la conscience introspective psychologique, constatation qui serait l'objet d'une énonciation verbale ou autre.

III° *L'actuation* : la mise en œuvre de la

volonté du premier stade (ou volonté de la déclaration), qui, entre présents, se fait pratiquement en exprimant sa volonté par les procédés usités, dans des circonstances qui puissent la faire considérer comme un acte juridique, et, si le destinataire est absent, en dirigeant en outre la manifestation vers celui qu'elle concerne.

Cette mise en œuvre est d'ailleurs elle-même susceptible de deux critères (au sujet desquels les auteurs allemands ont beaucoup discuté) l'un subjectif : l'intention de déclarer, d'employer ce moyen d'ordre juridique pour arriver à la fin qu'on s'est proposée; l'autre objectif : l'emploi par le déclarant des moyens matériels et pratiquement usités pour obtenir habituellement ce résultat.

C'est ce que nous appellerons l'*émission*.

Il semble qu'à ce moment, la déclaration soit parfaite et doive produire tous ses effets, puisque le sujet a fait tout ce qui était en son pouvoir pour réaliser sa résolution par voie de déclaration de volonté. Le Code allemand a exigé un degré de plus (et avec logique, comme nous l'avons dit précédemment)

IV^o *La réception par le tiers intéressé* seulement on admet que ce dernier stade n'est nécessaire que pour la perfection de la déclaration, qui commence à prendre une valeur objective dès l'état précédent. L'émission, seule donne à la

déclaration son existence et son contenu ; la réception, qui n'est qu'un phénomène étranger à l'activité du déclarant, n'intervient que pour rendre la déclaration parfaite, c'est-à-dire *irrévocable*.

L'émission marque le moment où la déclaration prend une valeur juridique indépendante de la personnalité de son auteur, devient un *fait social*, de telle sorte qu'elle puisse subsister malgré la disparition d'icelui.

Elle existe en dehors du sujet, et c'est pour cela que sa mort ou son incapacité, si elles surviennent, n'empêcheront plus la réception, si elle se produit, de donner à la déclaration toute son efficacité et toute sa portée juridique.

DE L'ÉMISSION

Nous disions ci-dessus que l'on avait proposé deux critères de la réalisation de l'émission par le déclarant : le critérium objectif a prévalu, et l'on admet généralement qu'il y a émission dès lors que le sujet a mis en œuvre les procédés sociaux ou mécaniques destinés à faire parvenir la déclaration aux intéressés, de telle sorte que le fait de la réception effective par ceux-ci soit indépendant de son activité. Il n'est pas indispensable, pour que l'émission soit acquise, qu'une nouvelle activité du sujet ne puisse plus empêcher la déclaration de parvenir, mais il faut et il suffit qu'il n'y ait plus besoin d'aucun acte du déclarant pour que sa déclaration parvienne.

La déclaration n'est pas « émise » quand la lettre qui la contient est écrite et cachetée, elle l'est, au contraire, quand elle est jetée à la poste; or, il est bien certain qu'une révocation par voie télégraphique peut l'anéantir, si elle parvient à temps.

La déclaration n'en est pas moins valablement émise et réalisée quand elle s'adresse à toute une catégorie d'individus, par ce fait que la réception exige une certaine activité de la part des destinataires dès lors que le déclarant est dessaisi de sa volonté. Tel est le cas des offres par annonces, par prospectus, par distributeurs automatiques : du moment que l'auteur de la déclaration a objectivé sa volonté en la soumettant aux procédés de transmission publique qui doivent la porter à la connaissance des intéressés, on peut dire qu'elle est émise, qu'elle est *adressée* aux intéressés, ceux-ci fussent-ils personnellement, individuellement inconnus de l'auteur de l'offre. (Cf., sur les difficultés que font naître les déclarations unilatérales, promesse de récompense et souscription de titres au porteur, les explications fournies par M. Saleilles dans ses ouvrages (*cit.*), sous les art. 657 ss. et 793 ss. du nouveau Code allemand.)

Nous avons dit que l'effet propre et caractéristique de l'émission était de rendre la valeur de la déclaration indépendante du décès de son auteur avant la réception. Mais on s'est demandé si l'acceptation qui surviendrait dans ces conditions serait valable. Certains auteurs ont émis cette opinion que le déclarant doit être présumé avoir voulu que sa déclaration ne produisît pas

d'effets au cas où il viendrait à décéder; d'autres ont répondu que l'émission était une question de fait : la déclaration une fois émise ne pouvait être, par son auteur, soumise à une condition résolutoire qui la fît considérer comme non émise, au cas où certains événements surviendraient. Nous croyons au contraire que, si la déclaration est un fait sur l'événement matériel duquel rien ne saurait influer, il n'en est pas de même de sa productivité d'effets juridiques et que, de même qu'une révocation postérieure à l'émission peut en anéantir les effets, de même une condition apposée en temps utile à la déclaration peut en modifier les conditions d'efficacité. Seulement, nous ne croyons pas qu'une telle condition doive toujours être présumée; elle devra, ou être énoncée expressément, ou résulter des circonstances, des usages, des présomptions de fait, telles que la nature du contrat, son but, etc. Le contraire serait, en effet, en contradiction avec tous les principes admis jusqu'ici en matière de déclaration : pourquoi, en effet, accorder une valeur objective à la déclaration pour éviter que le récepteur soit déçu? Pourquoi avoir lié le sujet à sa parole tant qu'une parole contraire n'est pas venue à temps en détruire l'effet, c'est-à-dire tant qu'il n'y a pas eu une révocation antérieure ou concomitante à la réception de la déclaration, de

telle sorte que la volonté, même révoquée, mais dont la révocation *arrive* trop tard (et n'ayant par conséquent plus aucune existence réelle), vaille encore à l'égard du destinataire comme ayant une existence juridique? Pourquoi toutes ces rigueurs, si les principes qui les ont imposées doivent laisser passage à une révocation de plein droit. c'est-à-dire à la révocation d'une déclaration sur laquelle le récepteur croyait pouvoir compter *absolument*, par un fait qu'il a pu légitimement ignorer, puisque rien ne lui imposait l'obligation de s'en enquérir spécialement??

D'ailleurs, même dans le système mixte et incertain du Code civil allemand, ainsi que le dit M. Saleilles (*op. cit.*, p. 179), si « l'acceptation ne se fait plus avec une volonté subsistant réellement, elle s'adresse à une volonté qui s'est déjà liée elle-même par avance au moment où elle s'est déclarée. Cette théorie nouvelle suppose l'admission du principe de droit allemand qu'une volonté unilatérale peut déjà s'engager elle-même. Celui qui fait l'offre s'engage sous condition d'acceptation; l'acceptation ne fait que donner son efficacité à un droit préexistant déjà à l'état virtuel; et, si l'on suppose le décès survenant entre l'émission et la réception, ce qu'il faut dire, c'est que le droit créé sur lui-même par le pollicitant se révèle, à l'égard de celui

auquel le pollicitant s'adressait, comme un droit susceptible de prendre corps et de produire ses effets par l'adhésion de celui auquel il se trouve ainsi manifesté. » Comment se produit cette adhésion ? Suivant les normes propres à la déclaration, telle qu'elle a été émise ; de telle sorte que, si elle contient des réserves dès le début, l'acceptant sera obligé de s'y conformer ; mais, si elle n'en contient pas, il ne saurait être préjudicié par la cessation de la volonté du déclarant, si cette cessation ne se manifeste pas à lui sous la forme d'une contre-déclaration, d'une *révocation* en temps utile. Que cette cessation vienne en effet d'une fantaisie ou d'un événement quelconque, tel que le décès du déclarant, c'est *pratiquement* la même chose pour le récepteur, et l'admission de cette cause de révocation serait absolument contraire aux principes adoptés en la matière par le législateur allemand lui-même.

DE LA FORME DES DÉCLARATIONS

En général et en principe, la déclaration, avons-nous dit, se manifeste sous n'importe quelle forme. Il est des cas cependant où le législateur a exigé l'observation de certaines formes prédéterminées pour que l'acte que le

déclarant a eu pour but de réaliser soit reconnu et sanctionné par la loi. La plupart du temps, cette exigence de certaines formes spéciales n'a d'autre but que d'assurer la liberté des parties en présence, et de conserver une preuve facile à administrer des événements survenus ; aussi, dans la plupart des législations modernes, et notamment dans le Code allemand, le moyen de solennité employé est-il « l'authentification ».

Sur cette formalité, généralement admise de nos jours, la théorie de la déclaration devait avoir également des effets : ce sont ces effets, ces modifications dans la conception du rôle de l'authenticité, comme procédé de solennisation des actes juridiques, que nous allons indiquer brièvement ¹.

L'authenticité peut être comprise de deux façons : soit que l'on exige la présence des parties devant l'officier public qui coopère à la conclusion du contrat dont il est l'organisateur

1. Il est aussi une autre formalité qui confine à la solennité : c'est l'exigence de la rédaction d'un écrit quand le législateur restreint à ce seul mode les procédés d'émission de la déclaration. Seulement, l'écriture est devenue, comme la parole, un procédé de déclaration qui n'a rien de spécialement juridique ; par suite, dès lors qu'il est réglementé par une législation, il ne nous semble pas qu'il y ait lieu d'envisager les textes qui y ont trait, comme organisant une institution juridique, mais simplement comme des dispositions d'ordre purement positif et réglementaire ; c'est pourquoi nous nous bornons, sur les cas où il faut un acte écrit et la manière de le rédiger d'après le Code allemand, à renvoyer à Saleilles. (*Op. cit.* p. 94 à 101, sous les art. 126, 128.)

et le narrateur; soit, au contraire, que le notaire soit réduit au rôle de machine à rédiger passivement les déclarations des parties auxquelles il confère, en même temps et *ipso facto*, l'authenticité. (Dans ce deuxième système, la présence des parties est inutile, le rôle actif du notaire étant étroitement limité à s'assurer de leur santé d'esprit.)

Le Code civil français dans les hypothèses où il a prescrit l'emploi de la forme authentique a adopté le premier système : solennité de la passation, et cela était conforme au système, qu'avaient adopté ses auteurs, du concours des volontés comme base de la formation du lieu contractuel.

Le Code allemand, au contraire, a adopté, sauf quelques hypothèses (art. 1317, 925, 1434, 1750, 2276, 1015, 2290), le deuxième système (solennité de la seule déclaration).

Après de longues controverses, que nous ne relaterons pas (cf. Saleilles, *op. cit.*), le Code allemand fut rédigé conformément au système de l'authenticité de la déclaration, aussi bien pour les déclarations qui n'impliquent pas réception que pour les déclarations à l'effet de contracter. Si des événements doivent survenir plus tard (notification pour les unes, acceptation pour les autres, etc.) destinés à leur faire produire tous leurs effets juridiques, la preuve

en sera administrée conformément au droit commun.

Au point de vue des contrats, le seul qui nous occupe ici, le système qui triompha, exige la rédaction authentique des deux déclarations ; de telle sorte que la preuve de leur concours reste soumise au droit commun. On peut à la rigueur, lui reprocher de manquer par là au but que l'on poursuivait en exigeant l'authenticité : ce but est en effet de constater, non seulement le contenu formel de la volonté juridique, mais encore la corrélation de cette volonté avec son contenu formel. Mais précisément, on a jugé qu'il y avait là un inconvénient aussi grand que l'avantage prétendu, et voici pourquoi : la plupart du temps ou du moins très souvent, la lecture précipitée par un notaire laisse l'acceptant, même s'il accepte sous la forme authentique, dans l'incertitude absolue sur la valeur juridique des dispositions qui lui sont soumises, or, dans le système du Code allemand, il disposera de plus de temps pour s'éclairer, bien qu'en revanche, il n'ait pas la faculté de demander des éclaircissements immédiats. Seulement d'autre part, la question de preuve est, sinon la raison principale, au moins la première des raisons secondaires de l'exigence de l'authenticité. Or, dans le cas où on rapporte la preuve de la réception non authentique d'une pollicitation authentique,

on a bien la preuve que l'offre a été émise dans la teneur et à la date indiquées, mais on n'a aucunement la certitude que la pollicitation n'est pas valablement révoquée au moment où on la reçoit ; de telle sorte qu'il faudrait, pour que le récepteur qui accepte pût agir avec une quasi-certitude, que le titre authentique lui fût remis par les soins ou du moins par la volonté certaine du pollicitant, et cette volonté ne sera jamais plus certaine que dans le cas où cette remise lui sera faite par le rédacteur même du titre, c'est-à-dire par l'officier public.....

La réponse qui triompha de ces objections fut que, même en se plaçant au point de vue de la preuve, « si l'authenticité doit assurer la (une) preuve, c'est celle de l'émission de déclarations convergentes, et non forcément celle de la validité de leur convergence ». (Saleilles, *op. cit.*) La solennité n'a pas pour but de faire tenir le contrat pour formé, elle a seulement pour but ; de ne lui permettre de se former que dans certaines formes et sous certaines conditions ; et, dès lors, toute la question était de savoir si ce but était suffisamment atteint dès lors que les formes prescrites étaient observées isolément pour chaque déclaration, ou s'il fallait encore qu'elles présidassent à leur échange réciproque. Étant donné que l'on admet que le contrat est formé de deux déclarations unilatérales. la solu-

tion que l'on a adoptée était imposée par la logique. De telle sorte que la preuve de la formation du contrat reste soumise aux règles et aux modes du droit commun. [Sauf peut-être quelques présomptions à tirer de l'authenticité et destinées à en faciliter la mise en œuvre : c'est ainsi que les auteurs du Code allemand édictèrent, dans l'article 152, une présomption *juris tantum*, résultant de l'emploi par le pollicitant de la forme authentique; il est présumé accepter, par le fait qu'il fait une offre authentique, d'être lié par la seule émission authentique de l'acceptation, alors que, normalement, le contrat ne se forme, comme nous le verrons ultérieurement, que par (et au moment de) la réception de l'acceptation].

Il résulte donc de ce qui précède que l'individu qui a fait rédiger son offre en la forme authentique peut très bien soutenir, sans avoir à s'inscrire en faux, que l'offre est parvenue au pollicitant ou tardivement ou indépendamment de son activité (volée, perdue ou rétractée. — Hölder, paragr. 128 p. 285), puisque, nous le répétons, la forme authentique n'est qu'un procédé légal de prouver le contenu de l'offre, nullement d'établir qu'elle a été mise en œuvre.

Au cas où les parties seraient convenu, de l'emploi d'une forme authentique, tout se ramène à une question d'interprétation de volonté : est-ce

la rédaction que l'on a voulu authentique, ou également la notification ? l'a-t-on voulu *ad probationem* ou *ad solemnitatem* ? Ce sont là de pures questions de fait ¹.

1. Il existe une forme inférieure et comme atténuée de l'authenticité, qui s'appelle la légalisation. Dans ce cas, le représentant de l'autorité, au lieu de constater l'émission de la déclaration, la santé d'esprit du déclarant, son identité, etc., se borne à reconnaître et à certifier l'identité de l'auteur de la signature, ou, moins encore, la reconnaissance par la personne désignée de la signature comme étant émanée d'elle (toute fois, cette reconnaissance, n'a pas été jugée suffisante, et on ne s'en contente que parce qu'on la présume sincère. Si donc elle apparaît comme invraisemblable (manchot, aveugle), le Code allemand exige l'apposition, en présence de l'officier public Art. 183, cf. Ges. üb. F. G. B., ed. Iastrow chez Guthentag, sur art. 183, note 4.) Et il faut, en outre, que le signataire déclare avoir entendu, par sa signature, adhérer au contenu de l'acte ; c'est pourquoi le droit allemand n'admet pas la légalisation du blanc-seing. (Cf. Holder, 287.) On le voit, le législateur allemand n'a pas osé pousser jusqu'au bout ses principes en matière d'authenticité, et beaucoup d'auteurs réclament encore que l'on puisse légaliser une signature simplement reconnue par son auteur, fût-il même avéré qu'elle n'est pas de lui ; car il suffit, en somme, pour que les effets de l'authenticité soient produits, que la responsabilité de l'individu vis-à-vis des déclarations qui lui sont attribuées soit établie d'une façon légalement indubitable, et elle nous paraît l'être si lui-même la reconnaît et la proclame devant un officier public chargé de l'enregistrer.

DE LA RÉCEPTION

Il faut que la déclaration, émise comme nous l'avons exposé, parvienne en outre au destinataire conformément aux usages généraux et à ceux des usages spéciaux du récepteur qui seraient connus du déclarant ¹.

Il faut, d'autre part, qu'elle parvienne par le moyen de transmission employé et par ce moyen seul. (Cf. Holder, p. 288 : Lettre remise à un messenger ouverte, et lue puis perdue par lui, message oral, nullité.)

Mais ensuite comment s'opère la réception, et comment la déclaration devient-elle parfaite ?? La doctrine est fort divisée : suffit-il que la déclaration ait été reçue, ou faut-il encore que le destinataire en ait pris connaissance ²?

1. Cf. Holder, *loc. cit. supra*. Si le récepteur a une boîte aux lettres particulière, levée seulement à certaines heures, et que le déclarant ait connaissance de cette habitude, bien évidemment la réception ne datera que de cette levée, et non de l'heure de la mise par le facteur des lettres dans ladite boîte.

2. Il faut, dans l'examen de cette question, éviter de confondre la question de la formation des contrats entre absents avec celle

Certains auteurs disaient que, puisqu'ils s'agit de déclarations qui doivent être adressées à quelqu'un (*Empfangsbedürftige Willenserklärung*), il est logique d'exiger : d'une part, que celui au regard de qui elles sont appelées à produire effet en ait au moins pris connaissance; et, d'autre part, que les faits envisagés par le déclarant comme destinés à en produire la réception chez l'intéressé soient accomplis, pour qu'on puisse considérer la déclaration comme parfaite

de la perfection d'une déclaration unilatérale : ce n'est, pour le moment, que l'efficacité de la déclaration de volonté, en tant que volonté unilatérale, que nous avons en vue ; « et, par déclaration unilatérale, il faut entendre tout aussi bien, ici, chacune des déclarations des contractants, prise isolément, en tant qu'il ne s'agit pas de savoir quand leur accord et leur concordance seraient considérés comme consommés, mais de déterminer le moment exact auquel chacune d'elles est censée parfaite et définitivement acquise dans tous les éléments qui en constituent la matérialité proprement dite. Ce que l'on vise, c'est donc à la fois les offres de contrat et les actes juridiques unilatéraux valables par l'effet d'une seule déclaration de volonté ». (*Saieilles, op. cit.*, sous l'art. 130.) Mais une fois l'offre faite et reçue, on conçoit qu'on puisse proposer pour date du contrat la date même de la coexistence des volontés, c'est-à-dire de la manifestation irrévocable de l'acceptation, avant même son émission proprement dite ; car, à la rigueur, le pollicitant peut être tenu avant d'avoir reçu avis de l'acceptation définitive, cet événement rentrant dans ses prévisions. Cette question est encore, à l'heure actuelle, vivement controversée ; mais la logique du système « de la déclaration », tel que nous l'avons exposé, nous impose de ne considérer le contrat comme formé que par la réception de la déclaration de l'acceptant (tout au plus, dans certains cas, par l'émission). Nous reviendrons sommairement sur cette question plus tard, et sur les difficultés que soulèvent les art. 147 *a contrario* du Code civil allemand nouveau, 149 et 145 à 157 *ibid.*, et sur les controverses qu'ils ont soulevées, et auxquelles ils laissent encore place.

et irrévocablement acquise vis-à-vis de lui. Ils ajoutaient qu'on exige l'existence et la capacité du récepteur (que la déclaration implique ou non acceptation), ce qui prouve qu'il n'a pas uniquement un rôle passif à jouer. Or, dans ces conditions, cela prouve qu'on veut que le récepteur soit au moins conscient de l'acte fait à son encontre, qu'il doit en avoir eu au moins *connaissance*.

La solution contraire a prévalu et a été adoptée par le Code allemand pour des raisons pratiques qui nous paraissent, à nous aussi, l'imposer. On voulait assurer l'irrévocabilité de la déclaration, non pas en ce sens que l'on ne pût en aucune façon revenir sur une déclaration émise, mais en ce sens qu'on ne pût jamais empêcher, par des moyens détournés, une déclaration parvenue à sa perfection d'être utilisée par les tiers intéressés dans toute sa portée. On exigea donc que la révocation fût antérieure ou concomitante à la réception de la déclaration. Or, si l'on avait adopté le système précédemment exposé, qui exige la prise de connaissance pour la perfection de la déclaration, l'auteur de la déclaration aurait pu arriver à la révoquer, en s'appointant à prouver que sa révocation était parvenue avant la *connaissance*, et réciproquement ; or, la connaissance étant un phénomène subjectif très difficile à prouver c'était retomber

dans les hasards et les difficultés de la preuve ou « qui mieux abreuve, mieux preuve » (Loysel). On s'arrêta donc au fait pratiquement connaissable et facile à établir de la réception, évitant de la sorte presque tout aléa dans l'événement de la perfection de la déclaration, et empêchant que la mauvaise volonté du destinataire et son retard à prendre connaissance ne pussent empêcher ou retarder les effets de la déclaration.

De la sorte, en matière de déclarations purement unilatérales, le système des lettres recommandées avec accusé de réception et en matière d'offres de contrat ou de déclaration d'acceptation et, en général, dans tous les cas où c'est le récepteur qui aura à se prévaloir de la date de la réception (sous réserve de la controverse pour les acceptations) le timbre de la poste, faciliteront tellement la preuve que tout débat sera presque toujours évité.

Ajoutons enfin, en faveur du système de la réception, que l'expéditeur qui n'est pas en faute ne doit pas être préjudicié par le défaut de connaissance du destinataire, dès lors que la réception a eu lieu dans des conditions telles que le récepteur, s'il eût été diligent, eût dû connaître la déclaration, et qu'il y ait en quelque sorte *faute* pour lui à ne pas l'avoir connue.

Mais les partisans du système de la prise de connaissance ne se tinrent pas pour battus.

Voici, en résumé, le raisonnement que proposaient deux d'entre eux, Endemann (p. 278-279, paragr. 67, note 2 et 3) et Zittelmann (B. G. B., p. 96, note sur l'art. 131) : Ce sont des considérations d'ordre purement positif qui ont fait prévaloir le système de la réception ; mais il n'en reste pas moins vrai que le système de la prise de connaissance est le meilleur et le plus désirable, et qu'il faudrait tendre à s'en rapprocher comme d'un *desideratum* théorique.

Aussi faudrait-il définir la réception selon Endemann : le fait pour le destinataire de se trouver, « en fait et en droit », en situation de *s'approprier* la déclaration à lui adressée ; c'est-à-dire qu'il faudrait que le récepteur remplît les conditions de fait et de droit nécessaires pour l'acquisition de la *possession*, et, par conséquent, qu'il eût à ce moment conscience de ses actes, puisque le fait de la réception doit être accompagné d'une volonté juridique, *sinon réelle, au moins possible*.

Mais, comme c'était réintroduire le point de vue subjectif, dans une question où l'on voulait apporter la netteté des critères objectifs, ce système fut rejeté en général ; et, comme le dit Regelsberger, la réception, dans le système du Code allemand, est un *pur état de fait* nécessitant uniquement que le destinataire fût en état de prendre connaissance s'il eût été soigneux et

diligent, mais ne supposant aucune condition de droit. (Il ne faut pas, en effet, confondre la question de savoir quand la déclaration devient *susceptible* de produire des effets de droit, avec la question de savoir quand elle en produit réellement.)

En vertu de cette conception, on doit pouvoir apprécier l'accomplissement, la perfection matérielle de la déclaration en se plaçant au point de vue de l'expéditeur, et non au point de vue du destinataire ; c'est-à-dire que la réception (considérée à un point de vue objectif, parce que l'on ne peut tenir compte des possibilités subjectives du destinataire) n'est, par rapport à lui, que la conclusion définitive des procédés choisis par l'expéditeur pour mettre en œuvre la déclaration et la rendre définitive en ce qui le concerne. La réception, appréciée de la sorte, permettra ainsi à l'expéditeur de déterminer le moment où la déclaration doit être considérée comme ayant dû être appropriée par le destinataire, de telle sorte que le déclarant ait dû s'attendre à ce qu'elle ne soit plus à sa disposition et à ne plus pouvoir la révoquer. « Le seul principe à mettre en relief, c'est qu'il s'agit ici d'un complément d'exécution de la déclaration, lequel dépend du caractère de la déclaration elle-même et du procédé par lequel elle se réalise ; si bien que l'on comprendrait à la rigueur que, comme on le verra par la suite,

certaines déclarations ne puissent devenir parfaites que par la perception proprement dite, faute d'être, par nature, susceptibles d'un autre mode de réception, sans qu'il y ait là une atténuation du système. » (Saleilles, op. cit., *ibid.*)

Il est, en effet, des modes de transmission dont l'emploi rend la réception presque nécessairement inséparable de la prise de connaissance : tel est le cas des offres par affiches et par prix marqué à l'étalage, et l'on peut dire que, dans ce cas, le déclarant, en employant ce moyen (fût-ce à défaut de tout autre), a dû s'attendre, puisqu'il ne pouvait aller toucher directement les intéressés, à ce que la réception s'opérât par la perception. [Il faut ici faire remarquer qu'il s'agit de la perfection de la déclaration, et non de l'acceptation destinée à former le contrat ; la simple vue rendra la déclaration irrévocable sans pour cela équivaloir à l'acceptation qui devra intervenir et intervenir valablement, c'est-à-dire suivant les règles qui lui sont propres, et notamment ne pas être annulée par une réserve soit expresse, soit coutumière permettant au pollicitant de refuser les acceptations qui viendraient à se produire, après que les intéressés auraient perçu l'offre.]

Quelle peut être l'influence du dimanche ou des jours fériés sur la réception de la déclaration ? Cette question, vivement débattue en ce

qui concerne les déclarations purement unilatérales, n'a pour nous qu'un modique intérêt ; car on ne voit pas bien comment une déclaration à l'effet de contracter pourra jamais être si urgente qu'on ne puisse attendre après le dimanche pour l'émettre. Pour ce qui est de la réception, comme il n'est pas dans les usages qu'on s'occupe d'affaires le dimanche, il ne peut y avoir de présomption de réception ce jour-là ; de telle sorte que la récepteur pourra à son gré considérer la déclaration comme reçue ce jour-là ou le lendemain seulement (ce que nous disons du dimanche doit, bien évidemment, être étendu aux autres jours fériés) ; mais c'est là une pure faculté pour le destinataire, de telle sorte que la rétractation qui arriverait dans la journée du dimanche par un courrier postérieur à celui qui a apporté l'offre pourrait être, par le récepteur, repoussée comme non avenue.

Pour résumer ce qui précède, nous ne saurions mieux faire, croyons-nous, que d'emprunter à M. Saleilles la traduction de ce passage saisissant de Holder (Hold., *l. c.*, p. 238) : « Dans toute déclaration, qu'elle s'adresse ou non à quelqu'un, il y a deux degrés d'exécution. Il y a l'exécution qui se fait et qui s'achève pour l'auteur même de la déclaration, et qui comprend l'ensemble des actes émanant de lui et nécessaires pour que la déclaration

devienne indépendante de lui et qu'elle constitue un fait qui lui soit extérieur. Pour ce qui est de lui, il est dessaisi ou plutôt il s'est dessaisi. C'est l'émission proprement dite. Puis il y a l'exécution qui se fait et qui s'achève d'une façon extérieure et comme étrangère à l'auteur de la déclaration et qui dépend de la nature de la déclaration et du procédé employé ; comprenant uniquement un procédé de publication, s'il s'agit de déclarations qui ne soient qu'une manifestation unilatérale de volonté ou impliquant en outre une transmission directe à autrui, et transmission effectivement réalisée, s'il s'agit d'une manifestation de volonté qui doit prendre contact avec un tiers et s'adresser, non pas forcément à sa volonté, puisque l'objet de la déclaration n'est pas toujours un contrat à conclure, mais à sa perception intellectuelle pour qu'il soit touché par la déclaration et qu'il en prenne connaissance. Par le 1^{er} acte, la déclaration devient indépendante de la survenance du décès, et, par le 2^o, elle prend sa perfection juridique et devient capable de produire ses effets ¹ ».

1. Parvenue à ce stade de sa perfection (la productivité d'effets juridiques), la déclaration, est ou peut être, acceptée et transmissible aux héritiers, car, désormais, elle est tombée dans le patrimoine du destinataire ; et, si rien dans son origine ou dans les termes de son émission ne vient expressément contredire à ce résultat, elle pourra être acceptée par les héritiers du destinataire, à l'encontre de l'expéditeur ou de ses héritiers, à la condi-

DE LA DÉCLARATION TACITE ¹

Nous avons vu qu'il n'y avait plus, théoriquement du moins, aucune différence à faire entre la déclaration expresse et la déclaration tacite. Encore est-il qu'il y a lieu d'examiner si, au point de vue des modes de fonctionnement de la déclaration (émission et réception), les déclarations tacites ne présentent pas quelques singularités dignes de remarque. Mais, avant de nous livrer à cette étude, il convient de se demander dans quels cas on pourra dire qu'il y a déclaration tacite ; car, ainsi que le dit M. Saleilles (p. 157, *op. cit.*), « le procédé (d'expression de la déclaration) ne se restreint pas aux deux modes seulement de la parole et de l'écriture : un signe usuel et convenu, tout fait extérieur, qui ait pour but une traduction de la pensée à l'égard du public ou d'un tiers, constitue un procédé de déclaration expresse. » Il faudrait, par conséquent, pour qu'il y ait déclaration tacite, qu'il s'agisse de faits extérieurs dont le but ne soit pas de faire connaître directement et

tion toutefois que cela soit fait dans les délais d'usage, c'est-à-dire s'il n'en est autrement décidé par les coutumes, immédiatement après la réception. Cf., art, 147, C. civ. all. nouv. « Dans les délais normalement nécessaires au retour de l'acceptation, par les voies ordinaires de communication ».

1. Cf , p. 710, note 1^{re}, *supra*.

principalement à l'intéressé les intentions dont ils émanent et qu'ils traduisent, mais qui permettent cependant de les inférer à coup sûr, de telle sorte que la déclaration qui en résulte en soit une déduction par voie de conséquence logique, non une simple traduction.

Si les faits accomplis sont de ceux qui ont pour but la manifestation normale ou conventionnelle de la volonté, il y aura manifestation expresse quand même ils seraient ambigus, et nécessiteraient une interprétation; car, il peut en être ainsi même de la forme la plus expresse de la déclaration, la déclaration verbale.

Ceci posé, il faut encore distinguer entre les déclarations tacites principales et les déclarations tacites accessoires.

Déclaration tacite principale

(Disons toute de suite qu'en matière de contrat, l'acceptation seule se conçoit facilement comme pouvant être tacite.) L'exemple d'une telle déclaration nous est fourni par l'art. 151 du Code allemand, quand c'est au pollicitant qu'incombe le soin de prendre connaissance de la déclaration.

Déclaration tacite accessoire

Les déclarations qui rentrent dans cette catégorie seront, par exemple, les clauses indirectes

d'un contrat résultant de l'acte même accompli par les parties, ce ne seront pas celles qui résultent, plus ou moins nécessairement, du texte de la déclaration par voie d'interprétation, non plus d'ailleurs que les règles propres au contrat qui, bien que non rappelées expressément, s'imposent comme conditions nécessaires du fonctionnement de l'institution juridique employée. Ceseraient, par exemple, les clauses déroatoires ou modificatives des règles et des usages ordinaires de la matière qui résulteraient, non du texte du contrat principal, mais des circonstances dans lesquelles s'est produite la déclaration.

Mais il nous reste maintenant une grave question à examiner : comment s'appliqueront aux déclarations tacites les règles que nous avons posées sur les moments et les modes de perfection de la déclaration ? ? (Émission, réception, etc.)

La difficulté est minime pour les déclarations tacites accessoires dont, bien évidemment, le moment de perfection sera celui de la déclaration expresse principale. dont elles dépendent et dont elles suivent le sort ; mais elle est grave pour les déclarations tacites principales.

Comment, en effet, une déclaration tacite principale peut-elle être adressée à quelqu'un, et, réciproquement, une déclaration adressée à quelqu'un peut elle être tacite ? Nous avons dit

que le type de la déclaration tacite était celle prévue à l'article 151 du Code allemand ; or, si le récepteur doit venir prendre connaissance de la déclaration, et si le déclarant n'a employé aucun moyen de transmission, il semble bien, dès lors, qu'il n'y ait pas lieu de parler de réception, puisque, précisément, le déclarant n'a pas entendu diriger la manifestation de sa volonté vers qui que ce soit.

On a proposé, pour résoudre la difficulté, de reprendre la distinction jadis proposée sans succès lors des travaux préparatoires du nouveau Code civil allemand, entre les *déclarations* et les simples manifestations de volonté ¹. Les premières seules auraient comporté l'emploi d'un mode de transmission ², et, par suite, les simples

1. Il faut, à ce sujet, remarquer que, lorsque nous parlons ici de manifestations de volonté, il ne s'agit pas ici de simples manifestations purement énonciatives d'un état psychologique dont aucun tiers n'aurait jamais à retirer ni avantage ni inconvénient, mais qu'il s'agit d'affirmations publiques d'une volonté juridique destinée à être considérée comme un acte juridique, à être créatrice de droit. Ce qui justifie la remarque de M. Saleilles, à savoir qu'il n'y a pas de différence pratique entre les déclarations qui n'impliquent pas réception dont parle le C. civ. allemand et ces manifestations ; car, il importe peu que la déclaration soit ou non pourvue d'une forme de transmission qui doive normalement la faire parvenir à ceux qu'elle intéresse, dès lors qu'elle est un acte qui se présente comme destiné à produire des conséquences juridiques.

2. Encore faut-il, à ce point de vue, sous-distinguer, certains auteurs exigeant que le mode employé fût un de ceux anormalement usités dans ce but (critérium objectif), d'autres exigeant seulement que le mode employé dût avoir pour résultat, dans l'intention de son auteur, de transmettre sa déclaration (critérium subjectif).

manifestations, n'ayant besoin d'être adressées à personne (comme les déclarations tacites), seraient devenues parfaites et irrévocables par leur simple émission.

Une objection grave a été opposée à ce système : si les déclarations tacites deviennent irrévocables par leur simple émission, les déclarations tacites accessoires d'une déclaration expresse principale deviendront parfaites et irrévocables avant la déclaration principale dont elles dépendent. Ce système ne triomphe donc pas, et l'on admet en général que le moment où une déclaration tacite deviendra irrévocable sera celui de sa *perception* par le ou les intéressés.

Seulement, la déclaration tacite devient à peu près impraticable lorsqu'il s'agit par le déclarant de faire une déclaration impliquant réception (cf. *supra*. p. 44, note 1), et cela est, dit M. Saleilles, fort restrictif de la liberté des individus; car, en général, il ne dépend pas de son auteur que la déclaration à faire implique ou non réception, et dès lors, si on exige que celle qui implique réception soit expresse, la possibilité théorique reconnue aux individus d'exprimer leur volonté sous la forme tacite sera le plus souvent un vain mot. Cela n'est pas sans importance en matière contractuelle, où, sauf quelques rares exceptions contro-

versées (le cas où l'offrant doit aller prendre connaissance de l'acceptation¹ et celui où elle résulte du silence pendant un temps donné : la ratification d'une déclaration susceptible d'annulation pour erreur, dol etc., et peut-être quelques autres hypothèses) les déclarations sont toujours de celles qui impliquent réception. Aussi M. Saleilles propose-t-il de dire : « tout fait dont la manifestation extérieure soit définitive, de telle sorte que, pour tout le monde, elle doive se présenter comme un acte irrévocable, pourvu que cet acte soit réalisé dans des conditions telles que, pour celui qui le fait, il soit manifeste que l'autre partie doive en avoir connaissance, est un fait dont la transmission peut être considéré comme acquise (*op cit.*, p. 163) », du moins en ce qui concerne l'auteur de la déclaration... D'où M. Saleilles conclut que le critérium sera subjectif et que c'est inévitable : « car le côté objectif de la transmission se réfère au procédé employé et pour que ce côté soit acquis il faudrait un mode de transmission expresse. » (*Ibid.*).

Pour nous, cela seul suffirait à nous faire rejeter le système admis par M. Saleilles : le système de la déclaration est en effet et *doit être* réfractaire à l'intrusion du point de vue

1. Cf., art. 151 C. civ. allemand nouveau.

subjectif et nous ne voyons nullement quelle nécessité logique impose qu'il y ait des déclarations adressés à quelqu'un qui soient tacites. De même que le fait de l'éloignement empêche l'emploi de certains modes de transmission : les gestes par exemple, de même le fait que la déclaration implique réception pourra nécessiter l'emploi de la forme expresse sans que pour cela le principe de la liberté absolue des modes de déclaration subisse une dérogation. Il faut se plier aux circonstances et M. Saleilles est obligé lui-même de reconnaître que les faits destinés à permettre d'inférer la déclaration devront, non seulement manifester une volonté, mais une « déclaration de volonté » faite au tiers intéressé et destiné à être connue de lui, de telle sorte que la déclaration tacite qui implique réception est exclusive de la clandestinité (*secus* d'un acceptation de succession p. ex.)¹ et si cela n'est à la rigueur pas incompatible avec la notion de déclaration tacite encore est-il que la déclaration tacite qui se manifeste dans de pareilles conditions se rapproche fortement d'une déclaration expresse. D'ailleurs, nous allons voir, quand on admet, avec M. Saleilles, qu'il puisse

1. Les déclarations unilatérales qui n'impliquent pas réception (acceptation de succession, etc.) sont parfaites dès l'instant où le fait dont elles devront être inférées est accompli; si ce fait est une déclaration expresse, elle ne deviennent parfaites qu'avec elle.

y avoir des déclarations tacites impliquant réception, quelles difficultés présente la détermination du moment où elles seront parfaites et irrévocables.

Pour les déclarations tacites qui s'impliquent réception, les seules (sauf une exception) qui puissent se rencontrer en matière de contrat, M. Saleilles, admet qu'elles acquerront leur perfection par la réception. Seulement, par la nature même de la déclaration, le moment et le mode de la réception varieront à l'infini. Pour les offres à l'étalage, par exemple, la réception ne pourra s'en faire que par la perception, et il en sera ainsi de toutes ou presque toutes les déclarations tacites principales, puisque celui qu'elles concernent, n'étant pas prévenu au préalable et devant déduire la déclaration des faits dont elle résulte devra, bien évidemment, pour interpréter ces faits, en avoir pris connaissance au préalable. Et cependant, certains ont proposé de se contenter de la *possibilité* pour le récepteur de prendre connaissance pour considérer la déclaration comme parfaite, alléguant qu'il en est ainsi des déclarations expresses. Or, il était facile de voir que les deux cas ne sont pas les mêmes : le rôle du destinataire étant, au cas de déclaration expresse, à peu près purement passif; et au cas de déclaration tacite devant être actif, or, *on ne peut forcer le destinataire à agir.*

On le voit, dans ce système, la réception (et avec elle le moment de la perfection) varie à l'infini, suivant les circonstances et les possibilités subjectives du destinataire dans chaque hypothèse ; or, nous le répétons, cela nous apparaît comme contraire aux *desiderata* qui ont fait naître le système « de la déclaration », ou plutôt aux nécessités sociales dont le sentiment plus ou moins conscient en a suggéré l'idée.

Pour ce qui est des déclarations tacites accessoires concomitantes à une déclaration expresse principale mais indépendantes et modificatives d'icelle, M. Saleilles propose de fixer le moment de leur perfection à leur réception. En effet, dans l'esprit du déclarant, comme elles étaient indissolublement corrélatives avec la déclaration expresse principale, il a dû croire que le seul fait de son offre, attirerait l'attention du récepteur sur les faits concomitants qui en modifient le sens et la portée¹, et, dès lors, il doit s'attendre à être tenu dès la réception de sa déclaration expresse principale. Il faut donc fixer à ce moment l'irrévocabilité des déclarations tacites accessoires qui l'accompagnent. Si, au contraire, la perfec-

1. Ceci ne vise que la perfection et l'irrévocabilité de l'offre car, il est bien évident que si le destinataire acceptait la déclaration principale sans avoir connu les déclarations accessoires, il pourrait refuser de se reconnaître tenu en ce qui les regarde, et il y aurait lieu à nullité pour défaut d'accord entre les parties, par application de l'art. 154 du nouveau Code civil allemand.

tion de ces déclarations ne se produisait qu'au moment de leur perception par le destinataire, elles resteraient révocables alors que l'offre principale aurait cessé de l'être, ce qui semble peu logique, car l'emploi de la forme tacite ne doit pas profiter au déclarant.

Il est enfin une autre question soulevée par l'admission de la possibilité de la forme tacite pour les déclarations principales impliquant réception. Nous avons vu que la perfection de la déclaration comportait ordinairement deux moments : le premier où la déclaration, simplement émise, existe et ne peut être influencée par la survenance du décès ou de l'incapacité de son auteur, mais où elle peut être anéantie par une déclaration de volonté contraire (une rétractation); le deuxième où la déclaration reçue par le destinataire est irrévocable.

Pourrons-nous retrouver ces deux moments dans les processus d'une déclaration tacite ? M. Saleilles propose de considérer la déclaration tacite comme émise dès l'instant où le fait dont on la déduira est définitivement accompli et réalisé, de telle sorte qu'à ce moment, elle serait irrévocable par décès, et ne pourrait plus être détruite que par la conduite du déclarant, qui, en modifiant les faits ou l'état de choses d'où on aurait induit sa déclaration, ferait connaître une contre-volonté. On considérerait donc la

déclaration comme irrévocable aussitôt qu'elle serait parvenue à la connaissance du destinataire, antérieurement, soit à l'accomplissement, soit à la prise de connaissance par lui des faits d'où résulterait la révocation.

On voit combien ce système est compliqué, et comment la volonté d'appliquer « per fas et nefas » une idée rationnellement exacte (l'équivalence des déclarations, quelle qu'en soit la forme) peut conduire à des difficultés, pour ainsi dire inextricables. Et nous nous demandons alors s'il n'aurait pas été possible d'admettre que les nécessités pratiques rendaient impraticable la forme tacite dans les cas où la déclaration à faire impliquait réception. Nous avons, en effet, admis, comme définition des modes d'expression de la déclaration expresse : tout acte qui ait pour *bout* de traduire, d'après les usages, la volonté à déclarer : ne semble-t-il pas, dès lors, que la plupart des hypothèses signalées de déclarations tacites rentrent dans cette définition, les offres, à l'étalage notamment ? Ne peut-on pas dire qu'elles constituent une déclaration expresse comme les offres par voie d'affiches, le placement des marchandises à l'étalage constituant « l'émission » comme, en ce qui concerne les affiches, leur apposition ; et la réception étant, par suite des nécessités objectives, opérée dans l'un et l'autre cas par la prise de connaissance

par les intéressés. Même pour ce qui est de l'acceptation prévue par l'article 151 du Code allemand, on peut dire que, lorsque, eu égard aux usages ou aux conventions antérieures, on se gère de manière à indiquer sa volonté d'accepter, cela constitue une déclaration expresse, puisque nous avons vu que, dans certains cas même, le silence pouvait être considéré comme tel !... C'est pourquoi, nous le répétons, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'encombrer la matière de cette distinction, pas plus d'ailleurs qu'il n'est utile de faire des efforts pour retrouver toujours et quand même les deux stades de la perfection de la déclaration, puisqu'il est des déclarations où il est impossible de les retrouver : nous voulons parler des déclarations entre présents.

LES DÉCLARATIONS ENTRE PRÉSENTS

Dans ces déclarations, comme nous venons de le dire, il est impossible *pratiquement* dans des circonstances normales, de distinguer l'émission de la réception et celle-ci de la perception. Dans certains cas exceptionnels, si le destinataire est sourd-muet, si la déclaration est faite par écrit et l'écrit refusé par le destinataire, on pourra distinguer l'émission de la réception et la réception de la perception, de même, dans la déclaration par voie téléphonique assimilée aux décl

rations entre présents, où l'on admet que, si le destinataire n'entend pas le déclarant, la déclaration ne sera pas reçue, faute d'être perçue, et le déclarant qui ferait, par exemple, une offre de contrat pourra fort bien proposer autre chose que ce qu'il avait dit en premier lieu.

Mais nous en revenons, en somme, toujours à la même conclusion : les idées les plus justes rationnellement, les distinctions les plus subtiles doivent se plier aux nécessités objectives, et c'est une erreur que de chercher à les appliquer malgré tout, lorsque les faits y résistent et qu'ils peuvent s'expliquer autrement.

PARTICULARITÉS DE LA RÉCEPTION AU CAS D'INCAPACITÉ
DU DESTINATAIRE

Cette question n'a qu'un assez minime intérêt en matière contractuelle, par cette raison qu'il n'y aura presque jamais nécessité de passer un contrat avec un incapable ; encore est qu'il peut y avoir là quelques détails intéressants de l'organisation du système de la déclaration qui méritent d'être exposés sommairement.

Nous verrons que, si la déclaration émanée d'un incapable est toujours nulle radicalement, il n'en est pas ainsi de celle qui émane d'un demi-incapable, mais qu'au contraire la décl-

ration adressée directement même à un demi-incapable est radicalement inefficace, c'est-à-dire que l'émission en est valable, mais que la réception ne s'en produit aucunement. Est-ce à dire qu'aucune déclaration ne puisse être faite de façon à être la source d'événements juridiques de nature à influencer sur la composition économique du patrimoine à la tête duquel se trouve l'incapable ? Certes non ; mais la loi exige, pour qu'il y ait réception utile, que le récepteur *puisse* se rendre compte de la nature et de la portée de l'acte fait à son encontre ; or, le demi-incapable est présumé hors d'état de faire cette distinction, puisque précisément on lui a donné un représentant, un mandataire légal. Ce sera donc à ce mandataire légal que la déclaration devra parvenir pour être reçue *hoc sensu*. Mais ici, il faut bien voir ce qu'a de particulier cette intervention du représentant légal de l'incapable : la réception par lui ne parfait la déclaration qu'à sa date, et ne vient nullement purger le vice de la réception par l'incapable ; autrement dit, elle ne rétroagit pas. Bien mieux, son intervention n'est efficace qu'autant qu'elle rentre dans les prévisions du déclarant ; et, si la déclaration, dans l'esprit de son auteur, ne s'adressait qu'à la personne visée et non au patrimoine à la tête duquel elle se trouve, la déclaration ne pourrait être valablement reçue par le représentant légal, à qui elle n'était pas

adressée ¹. Il faudrait appliquer les mêmes principes, selon M. Saleilles, à la déclaration adressée à quelqu'un qui deviendrait incapable avant la réception : il y aura lieu d'apprécier *en fait* si le déclarant a entendu que sa déclaration pût être reçue par le représentant légal ou non. Il en serait d'ailleurs de même en cas de décès, où il ne saurait être question de transmission *de la déclaration* aux héritiers, puisque la déclaration n'existe, au regard des tiers, que par la réception, et que c'est précisément cette réception qui est en cause. Les héritiers, comme le représentant légal de l'incapable, ne pourront donc recevoir la déclaration qui ne leur était pas destinée que s'il résulte des circonstances ambiantes, du but et de la nature de la déclaration, qu'une personne raisonnable eût, dans ces conditions, maintenu l'offre qu'elle avait émise. Cette manière de trancher la difficulté a l'avantage de fournir un critérium plus objectif que la recherche d'une volonté implicite ou éventuelle de permettre la réception par les représentants du destinataire. Il va sans dire que la déclaration, une fois reçue par le destinataire, est transmissible aux héritiers ou ayants cause universels d'icelui ; car elle était devenue, par sa réception, un phénomène juridique complet, irrévocable et

1. Cela résultera de l'examen des circonstances concomitantes à la production de la déclaration et de son caractère.

générateur d'effets de droit, de telle sorte que l'offre reçue par un *de cujus* puisse être valablement acceptée par ses héritiers.

La déclaration reçue par un incapable (fou interdit, enfant en bas âge) est radicalement nulle, mais non pas celle reçue par un individu dans un état d'incapacité de fait passagère (hypnose, ivresse, etc.); car, la perception n'étant pas exigée, la réception sera valable.

Pour ce qui est des demi-incapables, mineurs, etc., la réception effectuée par eux seuls est nulle ¹ ; leur représentant légal devra y participer (déclaration entre présents), ou l'autoriser spécialement par avance, ou en prendre connaissance après coup ; il devra dans ce dernier cas prendre connaissance de la déclaration elle-même, c'est-à-dire la recevoir suivant les modes prévus par l'expéditeur. La relation qu'on pourrait lui faire du contenu de la déclaration ne serait pas suffisante à ce point de vue ², car nous nous trouvons

1. A moins que la déclaration envisagée ne soit de nature à leur procurer un pur avantage juridique. Dans cette catégorie, il faut ranger les offres de contrat, puisque l'offrant est seul tenu de faire durer son offre (cf. Art. 145-149. C. A. V.) pendant quelque temps, ce qui est un pur avantage pour le destinataire. Cette déclaration se comporte alors comme une déclaration ordinaire, de elle sorte qu'elle serait valablement reçue par un demi-incapable, quand même il se trouverait, en outre, dans un des cas d'incapacité temporaire, ivresse, etc., que nous avons signalés.

2. Sauf le cas où l'incapable aurait joué à cette fin le rôle de mandataire du déclarant ; mais nous nous trouvons alors en présence d'une déclaration ordinaire, faite directement au mandataire légal par l'intermédiaire d'un tiers.

ici en présence d'une déclaration qui a deux destinataires, de telle sorte que la réception doit être effectuée par chacun d'eux ¹.

DES VICES DE LA DÉCLARATION

(PROVENANT DU DÉFAUT DE CORRESPONDANCE ENTRE ELLE ET LA VOLONTÉ DE SON AUTEUR SOIT TELLE QU'ELLE A ÉTÉ, SOIT TELLE QU'ELLE AURAIT DU ÊTRE SI ELLE N'AVAIT PAS ÉTÉ VICIÉE PAR DES CAUSES NON IMPUTABLES AU DÉCLARANT.)

Nous venons d'examiner, aussi brièvement qu'il nous a été possible, à quelles règles le Code civil allemand avait soumis la formation de la déclaration et sa perfection (son irrévocabilité), les questions que soulèvent et les difficultés que fait naître cette théorie en présence du système du droit germanique sur la forme des actes et sur la capacité des individus. Les difficultés que nous avons rencontrées jusqu'ici s'opposaient à la mise en œuvre par le déclarant des procédés juridiques propres à réaliser sa volonté. Celles que nous allons rencontrer maintenant sont d'un autre ordre : elles apparaissent lorsque la déclaration de l'agent ne correspond pas à ce qui était sa volonté ou à ce qu'elle aurait dû être, si les

1. C'est ainsi que, dans le cas d'une déclaration par téléphone, il faudra que le représentant légal ait lui-même à l'oreille un appareil lui permettant d'entendre ce qui se dit ; car, bien que cette déclaration soit assimilée à la déclaration entre présents, il ne serait pas suffisant qu'il se trouvât auprès de l'incapable.

raisonnements dont elle est issue avaient été provoqués par des événements normaux et licites. Ces obstacles, non plus à la production, mais à la validité de la déclaration peuvent provenir de l'erreur, du dol, de la violence ou de l'incapacité du déclarant. Au point de vue de l'agent, ce sont des obstacles subjectifs, tandis que ceux que nous avons étudiés auparavant étaient des obstacles objectifs à l'actuation de sa volonté, ou du moins à son actuation en tant que fait producteur des conséquences juridiques ¹.

De l'erreur sur le contenu de la déclaration

C'est en cette matière qu'apparaissent particulièrement les vices du système qui consiste à faire voter les lois par une assemblée délibérante composée d'éléments hétéroclites. Ni l'un ni l'autre des systèmes en présence n'a triomphé, de telle sorte qu'il est à peu près impossible de savoir, ou ce qu'ont voulu les législateurs (si tant est qu'ils aient eu, ce qui est peu vraisemblable, une volonté commune quelconque), ou, si l'on

1. Au point de vue des problèmes que peuvent faire naître la volonté et la déclaration, on peut distinguer quatre hypothèses : 1° ou la déclaration et la volonté sont correspondantes et licites ; 2° ou la volonté licite éprouve des difficultés à se produire sous une forme efficace au point de vue juridique ; 3° ou la déclaration, régulière en la forme, ne correspond pas à la volonté ou correspond à une volonté viciée ; 4° ou enfin la déclaration et la volonté se correspondent, mais elles tendent à un but illicite.

ne se préoccupe pas de cette volonté réelle ou supposée, quels peuvent être le sens et la portée des textes qui ont été votés.

Dans la logique du système de l'autonomie de la volonté, une erreur quelconque équivalant au défaut de volonté produit la nullité absolue dont le récepteur de la déclaration lui-même peut se prévaloir, s'il parvient à la prouver. Dans le système de la déclaration, la déclaration n'est viciée par l'erreur que si le récepteur savait, au moment où il recevait la déclaration, qu'elle était inadéquante, à la volonté ou, tout au moins au but poursuivi par le déclarant. Le nouveau Code allemand a seulement admis une nullité relative⁴, permettant au seul déclarant de se prévaloir de son erreur, mais sans exiger, comme le demandaient les partisans de la théorie de la déclaration, que, pour obtenir l'annulation, il dût prouver que le destinataire connaissait son erreur. ou, ce qui revient au même, était en faute de ne pas l'avoir connue. On se borna, et c'est là le seul progrès que la théorie de la déclaration ait pu obtenir dans cette matière, à accorder au récep-

4. Nous disons nullité relative, encore est il que certaines erreurs produiront une nullité absolue, telle que l'erreur sur l'identité du destinataire de la déclaration, si cette déclaration est de celles qui doivent être adressées à quelqu'un, et qui sont faites « *intuitu personæ* ». Par exemple, dans notre droit, une offre aux fins de purge, adressée à quelqu'un qui ne serait pas créancier hypothécaire, inexistance.

teur des dommages-intérêts pour nullité du contrat. (Nous verrons ce qu'il faut en penser, *infra*.)

Il convient de distinguer l'erreur dans les *termes* employés et l'erreur sur les *qualités* de la chose.

Dans le premier cas, le déclarant a dit autre chose que ce qu'il voulait déclarer : il dit ou écrit « bail » pour « vente » par exemple, autrement dit *aliud pro alio*. En ce cas, les règles à observer sont controversées. La pratique judiciaire allemande tend cependant à ne plus faire supporter aux tiers les conséquences de la découverte de la vérité que rien ne faisait prévoir que dans des limites tous les jours plus restreintes. Si l'on veut bien se souvenir que c'est à ce résultat que tend la logique du système de la déclaration, on nous accordera sans doute que ses solutions correspondent donc assez bien avec celles que dictent, en la matière, les nécessités de la vie juridique. (Cf. : Regelsberger, § 139, p. 506 et 514 ; — Danz, *loc. cit.*, p. 44-49 ss., 516 ss.)

Dans le second cas le déclarant a bien voulu déclarer ce qu'il a déclaré ; la volonté de la déclaration a été traduite d'une façon adéquate par les procédés employés pour lui faire produire effet, mais les motifs en ont été erronés, et la déclaration n'a eu lieu que parce que le déclá-

rant supposait à la chose objet du contrat des qualités qu'elle n'a pas. De telle sorte que, si l'expression a été adéquate à la pensée, celle-ci était une volition produite par des idées fausses.

Le Code civil allemand, dans ce cas, a permis au déclarant de faire annuler sa déclaration erronée; mais, fidèle à son système d'application transactionnelle des systèmes en présence, voici ce que le législateur a inventé :

Il faut : 1° que l'erreur porte sur des qualités telles que, ces qualités étant supposées être dans l'objet, un homme de bon sens, mais raisonnant d'après le sens commun et placé dans les circonstances de fait où se trouvait le déclarant, n'eût pas fait la déclaration, s'il eût su que l'objet était dépourvu des qualités qu'il lui supposait;

2° Que l'erreur porte sur le contenu de la déclaration.

Autrement dit, les qualités dont l'absence sera irritante seront les qualités essentielles (ce qui s'apprécie objectivement¹) et il faudra en outre qu'elles aient été mentionnées dans la déclaration explicitement ou implicitement, pour que le juge puisse prendre en considéra-

1. C'est-à-dire que le juge ne se demandera pas, comme le voudrait le système de la volonté, si le déclarant, avec ses idées et son tempérament, n'eût pas déclaré dans les circonstances où il s'est trouvé, mais, ce qui est tout différent, si un homme de bon sens ne l'eût pas fait.

tion l'erreur qui porte sur elles. Il devra, pour savoir quelles sont les qualités dont le défaut est irritant, se référer au contenu de la déclaration, et ensuite, pour apprécier si l'erreur qui a porté sur ces qualités est suffisamment grave, il devra se servir du critérium objectif dont nous avons parlé ci-dessus, lequel est purement quantitatif.

Qu'est-ce donc que « le contenu de la déclaration » ? est-ce uniquement et exclusivement ce qui a été exprimé, ou faut-il, au contraire, y faire rentrer « *quæ sunt moris et consuetudinis* » ? Cela est fort controversé. Planck dit que le contenu de la déclaration n'est pas fait des énonciations qu'elle contient, mais du sens, de l'esprit qui a provoqué ces énonciations ; d'autres auteurs au contraire, entendent, par ce mot les énonciations que le déclarant a faites avec l'intention de rendre l'erreur qui porterait sur icelles irritante (dès lors qu'elle atteindrait le degré de gravité dont nous avons parlé ci-dessus).

La jurisprudence allemande a, croyons-nous, adopté cette dernière manière de voir ; de telle sorte que, d'une part, la déclaration contiendra ce que le déclarant a voulu y mettre et y a mis, et non pas une certaine somme d'éléments invariables déterminés à l'avance par l'usage et les conditions objectives générales dans lesquelles elle se produit, et, d'autre part, l'examen

du juge portera sur les seuls éléments de ce contenu quand on alléguera un erreur sur les éléments essentiels de la déclaration.

Une comparaison expliquera mieux, croyons-nous, le système que nous supposons être celui du Code civil allemand (car il est fort obscur et controversé): le juge serait, en présence d'une déclaration, comme un ingénieur en présence d'un problème de mécanique où, une force lui étant donnée avec sa direction comme résultante de plusieurs composantes (qu'il est obligé d'admettre comme suffisantes pour produire l'effet qui est indiqué, et telles, dès lors, que la suppression de l'une d'elles, en faisant dévier la direction de la résultante empêche le résultat désiré d'être atteint). Il doit résoudre la question de savoir si un phénomène donné produira, dans des circonstances normales, une atténuation de l'une des composantes pratiquement équivalente à sa suppression (avec les conséquences qui en résultent de déviation de la résultante et de non-production de l'effet à obtenir). Dans notre matière, les motifs vantés dans le contenu de la déclaration sont les composantes, qui, par le fait même et par le fait seul qu'elles sont ainsi énoncées, doivent être admises comme suffisantes pour produire la résultante (autrement dit, c'est la déclaration qui assigne leur valeur aux différentes données du problème)

et le phénomène qui en produit ou peut en produire la suppression ou l'atténuation est l'erreur. Or de même que les composantes d'une force de direction donnée peuvent varier à l'infini, de même les motifs d'une volition qui se résout en déclaration peuvent varier à l'infini ; mais précisément, le rôle de la déclaration est, par leur insertion dans son contenu, de les délimiter et de poser le problème au juge, qui, ensuite, apprécie *objectivement* les phénomènes qui pourraient influencer sur leur intensité et en faire varier les effets.

En résumé, tout ce que la partie a mis dans le contenu d'une déclaration devient par cela même est un élément essentiel de ce contenu, et l'erreur qui s'y rapportera sera irritante, pourvu que, par son importance, elle réponde aux conditions d'appréciation objective prévues à l'art. 119 du Code allemand, ce qui n'est plus qu'une question de degré et non d'objet.

Il y a évidemment là un progrès sur le système de la volonté qui, en permettant la recherche arbitraire de la volonté, laissait le juge libre de reconstruire, en quelque sorte, cette volonté à sa guise. Tandis que, dans le nouveau système, la volonté reste bien, au fond, autonome et indépendante, mais à la condition de se traduire par une déclaration qui y soit conforme, cette déclaration étant seule la cause de l'obliga-

tion de celui qui l'a émise ; de telle sorte que, « quels que soient les principes admis en matière d'interprétation, celle-ci ne pourra jamais conduire à faire entrer dans la déclaration autre chose que ce qu'a voulu y mettre la volonté qui s'est manifestée au moment de l'acte de volition final d'où dérive la déclaration, sans que l'on puisse substituer à ce qui a été voulu à ce moment décisif ce qui aurait été voulu, si la volonté n'avait pas été amenée à se tromper ». (Salleilles, *op. cit.*, p. 20.)

Il ne faudrait pas toutefois exagérer cette notion du contenu de la déclaration jusqu'à dire que, si les qualités et les notions qu'implique la nature même de la déclaration ne sont pas exprimées dans celle-ci, il n'y a pas lieu d'en tenir compte ; car elles rentrent dans son contenu réel. Le déclarant, en visant une personne ou une chose dans sa déclaration, a entendu, non pas simplement leur identité matérielle, mais leur identité *juridique*, telle que la conçoivent la majorité des gens du monde, d'après les usages : « d'après la conception de ceux qui font de cette chose l'objet d'un rapport de droit. (Cf. Hölder, p. 257.) Mais il faut éviter avec grand soin d'aller trop loin dans cette voie, comme le fait remarquer Planck, car, on retomberait dans les errements de la théorie de la volonté sur la volonté implicite : il faudra donc s'en tenir à cette

extension de la notion de contenu de la déclaration, et exiger, pour tout le reste, une mention expresse ; ou plutôt il vaudrait mieux poser en principe que la mention, dans la déclaration, d'une personne ou d'une chose s'entend de l'identité juridique de cette chose, c'est-à-dire de l'idée qu'éveille normalement sa désignation chez des gens au courant des usages juridiques du moment. Tel est, selon nous, le sens que dans l'art. 119² du Code allemand nouveau, il faut donner aux mots « qualités essentielles ».

On voit combien ce système transactionnel, pour ingénieux qu'il soit, est compliqué et, en somme, peu satisfaisant. Les partisans de la « volonté » lui reprocheront de ne pas la sanctionner d'une façon adéquate, et de lier le déclarant aux termes de sa déclaration, peut-être purement fortuits et, ajouteront les partisans de la déclaration, sans profit pour les tiers, puisque l'obligation contractée envers eux pourra se trouver annulée en vertu d'une erreur dont rien ne pouvait leur faire prévoir la révélation.

Il faut ajouter que dans ce système la délimitation purement qualitative des points sur lesquels peut porter la nullité, par leur insertion dans le contenu de la déclaration, sera, malgré tout, quelque peu quantitative, parce qu'en fait, pour les éléments qui ne sont pas, d'une façon générale, considérés comme irritants dans la vie

courante, on se montrera plus exigeant, et l'on obligera le déclarant à rapporter séparément la preuve que, s'il eût connu la vérité en ce qui les concerne, il n'eût pas fait sa déclaration; et le critérium quantitatif deviendra ainsi subjectif : qui pourrait dire en effet quelle aurait été la conduite normale tenue par un homme de bon sens agissant comme on le fait d'ordinaire, lorsqu'il aurait été obligé de prendre en considération une qualité ou un autre élément quelconque de la déclaration qui, à titre purement exceptionnel, est considéré comme essentiel; alors qu'en général, il est tenu pour accessoire ? ? ?

Tant il est vrai que ce n'est pas avec une transaction, si ingénieuse soit-elle, entre deux systèmes antithétiques, si l'on n'arrive pas d'ailleurs à en trouver un troisième qui soit la synthèse des deux précédents, que l'on parvient à une solution qui soit rationnelle et juste.

LA DÉCLARATION ÉQUIVOQUE

Dans ce cas, on peut supposer de deux choses l'une : ou les termes des deux déclarations nécessaires pour former le contrat, d'après leur sens normal, ne concordent pas, et ce n'est que par une aberration inexplicable que les parties ont cru qu'ils concordaient : alors, le juge n'aura

qu'à reconnaître leur non-concordance, c'est-à-dire la non-formation, l'inexistence du contrat ;

Ou au contraire, les déclarations peuvent concorder dans leurs termes, seulement, l'une d'elles comporte deux interprétations objectivement équivalentes. (Cf. art. 133 C. civ. allem. nouveau.) En ce cas, faudra-t-il que le déclarant prouve que le sens qu'il a voulu est précisément celui avec lequel les deux déclarations ne concordent pas ; ou, au contraire, si les deux sens sont équivalents n'y aura-t-il pas lieu d'annuler l'acte parce que l'une des déclarations est informe et incomplète ?

M. Saleilles incline à croire que, dans cette hypothèse, il y aura lieu d'admettre qu'il y a nullité faute d'objet ou d'accord sur l'objet ; mais certains interprètes du Code civ. allemand disent que le contrat est formé du moment que les deux déclarations peuvent concorder objectivement d'une façon quelconque, puisque, en vertu de l'art. 133 C. civ. allem. nouv., le juge n'a pas à rechercher uniquement le sens vrai qu'aurait eu en vue l'acceptant, mais le sens normal que devait avoir la déclaration prise en elle-même et interprétée d'après toutes les circonstances de fait qui peuvent en faire ressortir le but économique, sauf, bien entendu, la faculté réservée au déclarant de faire annuler sa déclaration pour erreur, mais en payant les dommages-inté-

rêts prévus en l'art. 122, *ibid.* (Cf. Endemann, p. 296, note 9, et Leonhard, p. 507-508.)

La solution de M. Saleilles nous semble préférable dans le système pur de la déclaration, où l'annulation pour erreur n'est pas admise ; car, en somme, en présence d'une déclaration objectivement ambiguë et équivoque, le récepteur devait, ou faire préciser par le déclarant le sens de sa déclaration, ou, tout au moins, ne pas s'attendre de sa part à un engagement irréfragable. Son imprudence ou sa négligence dégagent donc le déclarant de la responsabilité qui le lierait sans cela au sens objectif de sa déclaration ; et il pourra alors demander à faire la preuve du sens réel de sa déclaration pour se dégager. S'il ne réussit pas dans cette preuve, le juge pourra maintenir le contrat, si cela est conforme à l'utilité générale et à celle du récepteur ; car, en somme, l'ambiguïté, même apparente, ne doit pas annuler le contrat, et elle constitue pour le déclarant un des aléas de son initiative, aléa provenant d'un vice dont il est responsable.

LE LAPSUS

Le lapsus, dans le système du Code allemand, conforme en cela à la théorie « de la déclaration », ne peut pas être réparé par voie d'interprétation. Tout au plus, puisque le Code

allemand admet l'annulation pour erreur, pourra-t-elle être appliquée ; mais jamais, si, objectivement, les deux déclarations se correspondent, le juge ne pourra, comme le pourrait le juge français, dire que c'est A qui a été voulu et non pas B. L'art. 133 C. A. lui permet bien d'interpréter la déclaration par les circonstances ambiantes, et de dire, si la déclaration peut s'entendre de A tout seul ou de A + A', son accessoire, que c'est de l'un ou de l'autre qu'il s'agit, mais jamais son pouvoir d'interprétation ne lui permettra d'aller jusqu'à la substitution d'un objet à un autre ou d'une clause à une autre.

La règle que nous venons d'exposer, à savoir que provision est due à l'acte apparaissant extérieurement comme régulier en la forme et comme valable, s'applique également à l'acte dont une des déclarations a été viciée par une erreur de transmission (erreur du télégraphiste ou mauvais fonctionnement du téléphone). L'annulation pour erreur, en vertu de l'art. 120 du Code allemand, sera la seule voie de recours ouverte au déclarant dont la déclaration a été viciée ; car, s'il a offert de louer et que le récepteur ait reçu et accepté une offre d'achat, celui-ci ne peut être préjudicié, et c'est à celui qui a pris l'initiative à en supporter les risques, atténués ou non, suivant que l'on admet le système intégral de la déclaration ou celui mitigé de l'annulabilité (avec indemnité) du nouveau Code civil allemand.

EFFETS DE L'ERREUR DANS LA DÉCLARATION

(L'annulabilité dans le nouveau Code civil allemand)

Certains commentateurs du Code allemand disaient que l'annulabilité pour erreur dans la déclaration était inapplicable à la matière des contrats, parce que le Code allemand admet, art. 154-155, que, si le consentement n'a pas porté sur tous les points, le contrat n'est pas formé (*sic* Leonhard) ; or, toute erreur a pour effet de rendre ce consentement purement apparent.

Mais précisément, là encore, nous retrouvons le conflit entre les deux systèmes, celui de la volonté et celui de la déclaration. Pour les partisans du système de la volonté qui exigent le consentement subjectif, il est bien évident qu'il n'a pas eu lieu ; mais, pour les partisans de la déclaration, qui se contentent de la concordance, de la correspondance objective des déclarations pour former le contrat, le contrat est formé, au moins provisoirement, sauf à celui qui s'est trompé à essayer de le faire tomber par la voie de l'annulation, puisque le législateur l'admet.

Le dernier système semble avoir prévalu, et l'art. 155 ne s'appliquera que lorsque les décla-

rations, interprétées comme le prescrit l'art. 133, ne concorderont pas en un point, quelconque, si minime soit-il, de telle sorte que, si, au contraire, l'accord apparent existe. il faudra que celui qui s'est trompé déclare la nullité (comme nous allons voir ci-dessous)¹.

L'annulabilité au point de vue de sa réglementation positive en droit allemand

Cette question, qui semblerait à première vue ne pas rentrer dans le cadre de cette étude, peut cependant nous intéresser par quelques particularités intéressantes que présente l'organisation de la matière : nous nous bornerons d'ailleurs à les signaler.

Durée de l'annulabilité.— L'erreur peut être découverte pendant 30 ans, c'est-à-dire qu'on

1. C'est ainsi que le défaut de l'une des qualités essentielles eu égard aux usages et aux habitudes, d'une des qualités que nous avons mentionnées précédemment comme inhérentes à la désignation de l'objet dont elles constituent l'identité juridique, donnera lieu à l'annulation pour erreur. Et cela, alors même qu'elles n'ont été, au moment de la passation de l'acte, l'objet d'aucune volition spéciale ni de part ni d'autre, ni *a fortiori* d'aucune clause du contrat. Il y aurait, au contraire, lieu à l'application de l'article 155, si ladite qualité défailante avait été envisagée à l'état distinct, et avait fait l'objet d'un acte de volition spécial dont la preuve puisse résulter d'une interprétation normale du contrat, sans même qu'il y ait besoin, comme en droit français, d'une clause spéciale plus ou moins précise et expresse.

vrir ; mais on est répréhensible : 1° si l'on a, par a ce laps de temps pour la rechercher et la découvrir, tardé à s'enquérir de la vérité alors que la prompte découverte en était facile ; 2° si, après l'avoir découverte, on tarde à l'invoquer. Dans le premier cas, on devra des dommages-intérêts ; dans le deuxième, on sera non recevable. En effet, dans l'une des hypothèses, on aura laissé l'autre partie longtemps en suspens sur le sort du contrat, ce qui lui est préjudiciable¹, et, dans l'autre hypothèse, le cocontractant a pu légitimement considérer le silence de celui qui avait droit à l'annulation, et avait connaissance de son droit, comme une déclaration de confirmation. Il a donc pu se gérer en conséquence et serait préjudicié si, la nullité venait à être ensuite prononcée.

On voit combien ce système est conforme aux principes desquels nous avons déduit le système de la déclaration, puisque c'est toujours l'intérêt du récepteur qui est envisagé en première ligne.

Forme. — Une autre particularité digne de remarque de la législation allemande sur ce point est que l'annulation s'y fait par voie

1. Le cocontractant eût-il même connu la nullité, car on ne saurait lui reprocher de ne pas l'avoir signalée, il ne saurait y avoir dol, comme on l'a soutenu à tort, à ne pas prendre cette initiative qui ne peut rien rapporter de profitable à son auteur.

de simple déclaration émanée de celui qui y a droit, et non par voie de demande en justice. Indépendamment de sa supériorité rationnelle (sur laquelle nous reviendrons), ce système a l'avantage d'empêcher celui qui a droit à l'annulation de harceler son adversaire et, au besoin, de le faire chanter par des menaces d'annulation dépourvues de conséquences juridiques. A un autre point de vue, comme cette nullité est fondée sur des causes dont on s'est attaché à rendre l'appréciation facile à tous les intéressés en leur fournissant des critères objectifs, en somme assez faciles à manier, dès lors qu'elle existe, point n'était besoin d'aller en solliciter le prononcé par le magistrat comme d'une sorte d' « *in integrum restitutio* ». il suffisait, comme on l'a fait, de prescrire à celui qui a droit à l'annulation de déclarer à son adversaire et son intention de se prévaloir de son droit et les bases de sa prétention, pour que l'autre partie sache si elle doit s'incliner ou, au contraire, agir en exécution de la convention. En ce dernier cas, mais en ce cas seulement, on plaidera sur le bien fondé de l'annulation ¹.

1. Le Code allemand, très en progrès sur le nôtre à ce point de vue, permet à celui qui redoute une déclaration de nullité de prendre les devants par « l'action en constatation et fixation judiciaire de droits ».

Le seul inconvénient du système allemand (et encore est-il plus grave pour les déclarations unilatérales que pour les déclarations contractuelles) est que, comme la déclaration peut être expresse ou tacite¹, et qu'elle est irrévocable et réfléchit *erga omnes*, sa publicité peut être fort insuffisante et la difficulté grande de savoir à quelles personnes elle doit être adressée².

Le législateur allemand s'est évertué à déterminer avec soin quelle devra être la ou les parties adverses, à la déclaration d'annulation, qui devront être considérées comme le centre et la tête des intérêts visés par la déclaration de nullité; mais, malgré ses efforts, en ce qui concerne les déclarations unilatérales, il a médiocrement réussi. (Cf. art. 143 C. civ. all. nouv., et les innombrables controverses qu'il a soulevées.) Mais, en ce qui concerne les contrats, la solution est assez simple et assez pratique : la déclaration d'annulation adressée au contractant *vaudra*

1. L'admission du retrait conventionnel de la déclaration d'annulation est vivement controversée, et l'on se demande s'il faut à ce sujet exiger l'application des règles de la confirmation du contrat.

2. Quand le récepteur ne résiste pas à la déclaration d'annulation, les prestations effectuées par le déclarant pourront être par lui répétées, en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause, à moins qu'elles n'aient été prescrites acquisitivement par le récepteur. Cette prescription suit les règles ordinaires, et son délai court du jour du contrat; car, de ce jour, la découverte de l'erreur était juridiquement possible, ce qui suffit quand même elle n'aurait pas eu lieu en fait.

« *erga omnes* » : sous-acquéreurs, etc. Quoi qu'il ait pu sembler au premier abord, cette solution est très juridique et nullement contraire au principe de la relativité des actes : les tiers qui prétendent étayer leurs droits sur un rapport de droit auquel ils n'ont pas eux-mêmes été parties, n'ont pas à intervenir, si ce rapport est détruit entre les parties qui y ont figuré par des moyens idoines à produire ce résultat; et, si le rapport valait objectivement, sa disparition aura la même valeur, sans qu'il y ait à faire intervenir les tiers, plus dans sa destruction que dans sa formation¹. Ce système est, quoi qu'on ait pu dire, supérieur, même à ce point de vue, au système français de la reconnaissance judiciaire de la nullité. Avec la relativité de la chose jugée, en effet, non seulement la nullité n'est définitivement constatée qu'à l'égard des parties à l'action en nullité, mais encore, et c'est là que le droit allemand est supérieur, l'option quant à la nullité est divisée et limitée à ceux qui ont été assignés, tandis qu'en Allemagne, l'option est indivisible et vaut « *erga omnes* ». Or, il y a, croyons-nous, un progrès à ne plus laisser au domaine de la

1. Ce que nous venons de dire tranche implicitement la question de savoir à qui devra être adressée la déclaration de nullité en matière de contrat pour autrui, ce sera évidemment au cocontractant ostensible, et non au tiers bénéficiaire que devra être adressée la déclaration.

relativité de la chose jugée que la constatation du bien fondé de la nullité, encore est-ce trop.

Confirmation. — L'acte nul ne saurait être confirmé ; il en est autrement de l'acte annulable, qui peut être confirmé expressément ou tacitement et rétroactivement. La confirmation est rétroactive parce qu'elle ne peut intervenir qu'après la découverte de la cause d'annulabilité, et que cette découverte, étant, malgré les critères objectifs admis ¹, l'œuvre du seul déclarant, il peut fort bien dire que cette erreur même, apparente, ne viciait pas le contrat à son gré. Le contrat vaudra alors « ab initio » ou plutôt ne tombera pas. Il en est tout différemment, comme nous l'expliquerons plus tard, d'une nullité provenant de vices objectifs. Oncontroversé seulement, en Allemagne, la question de savoir si cette rétroactivité de la confirmation pourra nuire aux tiers qui tiendraient des droits de l'auteur de la confirmation ².

1. Car ces critères n'entrent en ligne que lorsqu'il demande la reconnaissance judiciaire du bien fondé de son annulation.

2. Il faut tenir compte, en effet, de ce que la déclaration d'annulation, si elle ne peut résulter du simple fait de se gérer de façon à ce que le tiers intéressé s'attende à l'annulation, exige toutefois, pour produire ses effets, que ledit tiers en ait eu connaissance, de telle sorte que le fait de vendre à un tiers un bien déjà vendu à une autre personne par une vente annulable, ne vaut pas déclaration d'annulation au respect du premier acquéreur, s'il a ignoré la deuxième vente. Cette nécessité que les actes destinés à produire déclaration d'annulation aient été connus ou faits pour être

*Des conséquences de l'annulation pour celui
qui y a droit*

Celui qui a droit à une nullité relative et qui s'en prévaut est dégagé des obligations qui auraient pu résulter pour lui de la déclaration annulée. Est-ce à dire qu'il n'ait jamais à supporter de conséquences indirectes de l'initiative qu'il a prise en faisant cette déclaration ? Ce serait une erreur de le croire, et c'est précisément là ce qui différencie l'annulabilité basée sur un vice subjectif, et par conséquent, en général, inconnaissable pour les tiers, d'une nullité proprement dite, le plus souvent facile à découvrir pour tous ceux qui examinent l'acte. Aussi y a-t-il, en principe, toujours lieu à l'allocation d'une indemnité à la partie qui est victime de l'annulation, afin de la dédommager de la déception que lui cause la disparition de l'acte juridique sur

connus du tiers intéressé, différencie même l'annulation de la confirmation, qui peut résulter d'une simple attitude passive, c'est-à-dire d'une conduite négative (*sic*, en France, art. 1304, Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 728, ss — Planiol, *Traité* 1, 324, i. f. — Endemann, p. 320-321), ce que Planck appellerait, suivant la distinction qui lui est habituelle, une simple manifestation de volonté. Mais ce point est controversé, car il est douteux qu'on puisse admettre que toute volition qui pourrait être saisie relativement à la confirmation (par exemple, au cours d'une conversation avec un tiers), puisse équivaloir à ratification ; pour notre part, nous croyons qu'il faut quelque chose de plus, c'est-à-dire une déclaration.

lequel elle comptait et pouvait raisonnablement compter. Ihering (trad. Meulenaère, Œuvres choisies, 2, p. 1 et s.) dit qu'il y a là *culpa in contrahendo*, désignant par cette expression le fait d'avoir causé par son initiative un préjudice à quelqu'un. L'annulation du contrat ne frustrera pas nécessairement le tiers dans ses intérêts positifs, comme cela aurait lieu si on lui refusait l'exécution d'un contrat valable (quoique, dans certains cas, le préjudice puisse être le même); mais, en tout cas, il pourra légitimement prétendre presque toujours qu'il avait intérêt à ne pas croire valable, et, par suite, à ne pas s'en tenir à un contrat qui, sous des apparences de validité, cachait une nullité qu'il ne pouvait pas découvrir ¹.

Les raisons qui motivent cette allocation de dommages-intérêts conduisent logiquement à refuser toute indemnité au tiers qui a connu ou dû connaître l'annulation dont le contrat était menacé.

Ce système de l'indemnité au cas d'annulation, est encore une des conséquences du système législatif dont est issu le Code civil allemand : les partisans du système de la déclaration voulaient lier le déclarant à sa parole

1. Il est bien évident que les dommages-intérêts pour annulation ne sauraient jamais dépasser ceux qui pourraient être alloués pour inexécution d'un contrat valable.

toujours et quand même, sauf le cas de dol ou de faute de son cocontractant. Les résistances des partisans des autres systèmes firent adopter un moyen terme; mais, malgré tout, les partisans de la déclaration peuvent considérer cette solution comme un succès; car, dans ce système transactionnel, ils ont pu faire passer leur point de vue objectif, de telle sorte que l'indemnité pour annulation du contrat est toujours due, qu'il y ait ou non faute de l'auteur de la déclaration, dès lors que le tiers est préjudicié et qu'il était de bonne foi. Or, c'est là une conséquence logique de cette idée que toute déclaration émise en vue d'un effet de droit est elle-même un fait susceptible de produire par soi-seul des conséquences juridiques indépendantes de celles que son auteur avait en vue, attachées au seul phénomène de la déclaration, et qui n'en subsistent pas moins quand les autres viennent à faire défaut. Il n'y a donc pas lieu de parler ici (comme l'ont fait ceux qui ont tenté d'introduire en France la théorie de la « culpa in contrahendo »), de délit ou de responsabilité délictuelle; il y a tout simplement là une conséquence imposée par la nécessité économique et sociale de la sécurité, de la certitude des relations d'affaires, une conséquence, disons-nous, du seul fait de l'existence d'une déclaration : phénomène juridique et social. Cette idée a été poussée, en droit

allemand, aussi loin que le permettait le système transactionnel adopté par le Code civil. Ainsi, lorsque le détraquement des appareils de transmission a été la cause de l'erreur (l'appareil télégraphique imprimait par hypothèse, un mot à la place d'un autre) le déclarant ne sera pas pour cela exonéré de sa responsabilité, car l'accident, même dû au cas fortuit, n'aurait pas préjudicié au récepteur, si l'auteur de la déclaration n'avait pas pris une initiative dont il est responsable. Pour celui qui prend l'initiative d'une déclaration, l'erreur ou l'infidélité même de l'agent de transmission sont des risques qu'il doit supporter, car ils résultent de son fait, et la sécurité des relations d'affaires exige que la responsabilité soit appréciée objectivement. Seulement alors, puisque nous voilà revenu aux principes mêmes du système de la déclaration, pourquoi en avoir rejeté les conclusions ? N'eût-il pas été à la fois plus simple plus logique et pratiquement équivalent de lier purement et simplement le déclarant (vis-à-vis du récepteur) au sens objectif de sa déclaration, toutes les fois que le destinataire justifiera d'un intérêt à ce qu'il en soit ainsi ? Lors, en effet, qu'il justifiera de cet intérêt, c'est que, si la déclaration n'est pas exécutée, il subira un préjudice (dans le sens où nous avons vu qu'il faut l'entendre) ; or, si le préjudice subi par le récepteur de bonne foi est

la cause et la mesure objective de l'indemnité *toujours due* par le déclarant, ne sera-t-il pas fort rare que si le récepteur avait un intérêt réel à ne pas s'en tenir au contrat annulé, cet intérêt ne soit pas précisément égal à celui qu'il aurait eu à voir s'exécuter un contrat valable ? Presque toujours, lorsque la victime de la nullité justifiera d'un intérêt légitime à ne pas avoir fait un contrat nul, l'indemnité due en réparation de son intérêt négatif sera égale à celle qu'elle aurait reçue pour non-exécution du contrat valable ; car, dans les deux cas (à moins qu'elle n'ait exécuté sa part du contrat et que le déclarant ne soit insolvable), il lui faudra se mettre en quête d'une affaire propre à lui fournir les mêmes avantages que celle qui, pour une cause qui lui importe peu en somme, manque à lui procurer ce qu'il attendait ; et cela, que le contrat soit *nul* ou *valable et non exécuté*. (Sa situation pourra même quelquefois être meilleure dans ce dernier cas.) Et que l'on ne vienne pas dire qu'il faut distinguer l'intérêt positif du contractant victime de la nullité, c'est-à-dire celui qu'il aurait eu à voir s'exécuter *ce* contrat, de son intérêt négatif, c'est-à-dire de celui qu'il aurait eu à ne pas, en faisant un contrat nul, manquer l'occasion d'en faire un valable, fût-il même moins avantageux. Si, en effet, il a été de bonne foi, condition *sine qua non*, c'est que le contrat n'était pas de

nature à éveiller ses soupçons et sa méfiance ; c'est donc qu'il était normal, c'est-à-dire qu'il était tel qu'il eût pu être passé à cette époque avec tout autre individu de la même profession que celle du déclarant qui demande l'annulation, et se présenter dans des conditions économiques analogues. Mais alors, quelle différence y aura-t-il entre son intérêt positif et son intérêt négatif ? Certes, on peut rationnellement les distinguer ; mais, en fait, ce n'était pas, croyons-nous, une raison suffisante pour compliquer la matière en faisant intervenir une appréciation judiciaire qui aboutira, le plus souvent, à faire exécuter *per æquipollens* au déclarant en nullité ce que la théorie de la déclaration lui aurait fait exécuter *in specie*.

D'ailleurs, à un point de vue plus général et plus élevé, quoique toujours dans le même ordre d'idées, n'avons-nous pas vu les auteurs qui, comme Windscheid (Pand., § 307, note 5) et Mommsen (Erörterungen, II, p. 134 et s.), n'osaient pas lier le pollicitant à sa déclaration pendant le temps où sa révocation n'aurait pas touché le destinataire, proposer, eux aussi, cette demi-mesure : les dommages-intérêts, accordés alors au « would be » acceptant à titre de réparation de son « negative Vertragsinteresse » ? Pourquoi donc le législateur allemand, après avoir repoussé cette manière de voir, parce qu'il

la considérerait avec juste raison comme une demi-mesure, l'a-t-il adoptée ici ?? Ce sont là, croyons-nous, les résultats des hasards des scrutins dans les assemblées délibérantes ; mais la preuve que le système était admissible semble acquise en fait, et nous espérons avoir montré que rationnellement il l'était aussi.

DES CAUSES D'ANNULABILITÉ AUTRES QUE L'ERREUR

Nous venons d'exposer très brièvement les conséquences que l'erreur du déclarant peut avoir sur la portée de la déclaration : l'erreur rend la déclaration annulable. Mais l'annulabilité peut résulter d'autres phénomènes que l'erreur : ces phénomènes sont le dol et la violence. Comme l'erreur, ils ont pour effet propre d'empêcher la concordance de la déclaration avec la volonté normale du déclarant ; seulement, ils ont cela de particulier qu'ils présupposent des actes exécutés par un tiers de mauvaise foi à l'encontre de l'auteur de la déclaration, et que, par conséquent, la déclaration de nullité ne peut avoir pour ce dernier les conséquences que nous avons signalées (sauf exception).

A la rigueur, et bien qu'il ne s'y oppose pas, on peut dire que le système de la déclaration n'impose pas nécessairement l'annulation des déclarations entachées de violence ou d'erreur ; si

done on admet cette nullité, cela semble plutôt résulter de considérations d'équité, de « politique juridique ». On ne peut en effet fonder cette nullité sur une idée d'erreur ; car 1° l'erreur n'est pas prise en considération par le système de la déclaration ; 2° l'erreur qui donne ouverture à l'annulation pour dol ne serait presque jamais suffisante pour donner lieu à une déclaration de nullité basée sur l'article 119 du nouveau Code civil allemand. Et si, rationnellement, on pourrait, même dans le système de la déclaration, faire reposer cette nullité sur une idée de délit civil dont la nullité de l'engagement serait une réparation plus adéquate que des dommages-intérêts, encore est-il certain qu'on ne peut motiver de la sorte l'article 123 du Code allemand car il a été clairement proclamé, lors des travaux préparatoires, que ces causes de nullité étaient admises parce que *l'individu ne doit pas être obligé dont la volonté n'a pas été libre*.

Il est donc vraisemblable qu'en ce point, le législateur allemand s'est beaucoup rapproché du nôtre. De même que dans l'art. 1116 du Code civil français : le dol du cocontractant a pour effet d'abaisser le niveau de l'erreur nécessaire pour faire admettre la nullité ; mais il ne dispense pas celui qui se prétend victime du dol de prouver que sa volonté a été égarée, et que, sans le dol, il n'eût pas voulu ce qu'il a voulu. Il

faut donc qu'il établisse son erreur ; seulement, la mauvaise foi de l'autre partie diminue les exigences de la loi au point de vue quantitatif.

Ceci étant posé, il faut tenir compte de la différence que produira entre, les deux législations, le système admis par le Code allemand sur le « contenu de la déclaration » : en vertu de ce système, l'annulation pour dol s'appliquera à tout ce qui ne rentre pas dans le « contenu de la déclaration », sur les motifs non déclarés et sur les qualités essentielles appréciées au point de vue subjectif¹ ; car, pour ce qui rentre dans le contenu de la déclaration, il est plus simple de fonder la nullité que l'on réclame sur l'article 119, puisque de la sorte on n'a pas à faire la preuve des manœuvres dolosives de l'adversaire.

1. Nous avons vu, en effet (*supra*), que l'art. 119 C. A. N. annule la déclaration viciée par une erreur portant sur les qualités de la personne ou de la chose, considérées comme essentielles dans les usages de la pratique des affaires. Or, si l'on admettait que l'erreur *ex dolo* fut irritante lorsqu'elle porte sur toute espèce de qualité, encore faudrait-il, comme nous l'avons dit ci-dessus, que, sans elle, la déclaration n'eût pas été ce qu'elle a été, et cela semble nous ramener précisément à la notion de qualité essentielle. On pourrait donc croire que l'erreur ordinaire simple et l'erreur pour dol ne seraient pas traitées différemment ; mais cela n'est pas, car Cosack a judicieusement fait remarquer que l'effet du dol pouvait être de faire changer la notion de « qualités essentielles », en faisant passer du critérium objectif au critérium subjectif (Cosack, I, § 65, p. 213) ; de telle sorte que les qualités essentielles seraient celles que, sans les déclarer, la victime du dol aurait jugées spécialement telles dans l'espèce envisagée.

Quels caractères devront avoir les manœuvres dolosives pour entraîner la nullité ?

Les auteurs du projet primitif du Code allemand avaient proposé, comme notion du dol, celle du droit pénal où le « Betrug » est l'ensemble des actes dolosifs destinés à faire brèche d'une façon positive dans le patrimoine d'autrui, actes qui seraient chez nous qualifiés, suivant les cas, escroquerie, abus de confiance, etc. Mais, comme nous l'avons dit, ce furent les partisans du système de la volonté qui triomphèrent sur ce point, et qui, désireux de faire prévaloir le point de vue psychologique, firent remplacer le terme « Betrug » par une périphrase indiquant : 1° qu'il n'est pas nécessaire qu'un dommage positif soit résulté des manœuvres incriminées, ni que ces manœuvres aient eu pour but un profit pécuniaire ; 2° qu'il suffit que l'erreur ait été causée consciemment par l'auteur du dol, soit, positivement, en falsifiant volontairement certaines circonstances de fait, soit, négativement, en empêchant la vérité de se révéler¹. Le dol ne

1. Le fait de réticence ne sera pas toujours et nécessairement dolosif. (Cf. M. Gand, *Du délit de commission par omission*, Paris, Rousseau, 90), et Endemann, § 173, note 2, p. 313). Du moment où l'erreur était purement spontanée dans sa cause initiale, et que, des circonstances de la cause, il ne résulte pas que la partie incriminée eût dû la faire cesser, on ne peut pas lui reprocher de n'avoir pas pris une initiative qui ne lui profitait en rien, en la dénonçant à son cocontractant.

comporte cependant pas pour cela un élément psychologique intentionnel : nous en voyons la preuve dans l'art. 123 *in fine* du nouveau Code, qui fait réfléchir la nullité pour dol contre les tiers qui eussent dû connaître les faits de dol, alors même qu'en fait ils prouveraient les avoir ignorés. Cela est conforme à la logique du système adopté, puisque la portée du dol y est appréciée au point de vue subjectif chez l'auteur de la déclaration, et que la nullité pour dol est une simple nullité pour vice du consentement pour erreur. Il n'y a pas là une mesure répressive contre un délit ou un quasi-délit civil ; il s'agit purement et exclusivement de l'appréciation d'un phénomène psychologique, d'une volition. Dès lors qu'on se place à ce point de vue, et que de ce phénomène on fait résulter des effets de droit, une fois la vérité établie à son égard, elle doit réfléchir *erga omnes*.

Parallèle entre le dol et la violence

Le Code allemand, par suite d'habitudes traditionnelles sans doute, assimile le dol à la violence (art. 123)¹ ; cette assimilation peut également provenir du système adopté, puisque

1. Il ne s'agit, bien évidemment, pas ici de la violence « vis absoluta, » qui est exclusive de tout consentement, comme cela se produit notamment sous l'influence de l'hypnose. (Cf. Kuhlenbeck, *loc cit.*, p. 448, ss.)

nous avons dit que le point de vue psychologique a prévalu. Il y a violence selon, le législateur germanique, quand les menaces sont la cause de la volonté et qu'elles ont un caractère illicite. Ce caractère illicite doit-être apprécié au point de vue de leur cause finale ; de telle sorte que la menace sera illicite, non seulement quand elle aura trait à un fait en soi-même répréhensible, mais encore quand elle aura trait à un fait en soi-même licite, mais dont l'emploi tend à l'obtention d'un résultat répréhensible : soit la menace de poursuites en justice pour recouvrer des intérêts usuraires (Endemann, *loc. cit.* et Liszt, « Lehrbuch des deutschen Strafrechts », paragr. 99, III.) ¹, soit encore la menace d'une demande en déclaration de faillite, qui, même fondée, si elle a pour but une extorsion, constitue une menace malgré son caractère et ses apparences licites ². Nous retrouvons, d'ailleurs,

1. Liszt et Endemann distinguent la violence par suite des moyens employés de la violence par suite du but poursuivi ; mais cette définition semble insuffisante en droit civil, et applicable seulement en matière pénale. Au point de vue civil, il semble que le but envisagé doive seul être pris en considération, abstraction faite des moyens. M. Saleilles, *op. cit.*, propose, au contraire, dans ce cas, de prononcer la nullité de l'acte pour violation de la loi ou atteinte aux bonnes mœurs, en vertu de l'art. 138 C. A. N., et de limiter les cas de violence contractuelle à l'emploi de moyens illicites.

2. Cette idée se retrouve en droit français, et c'est naturel, en égard à ses causes rationnelles et aux besoins sociaux qui l'ont fait naître. (Cf. Demolombe, t. 24, nos 146, 148. — Cf. Blume, *loc. cit.*, p. 249-250.)

cette manière de voir, dictée du reste par les conceptions actuelles de l'équité et de la bonne foi nécessaires aux relations d'affaires, dans l'article 226 du Code allemand. Cet article ne permet d'exercer un droit que lorsque cet exercice est conforme à l'honnêteté telle qu'elle est conçue d'après les usages, et qu'il n'a pas pour unique but de nuire à autrui. On ne saurait donc voir un fait de violence dans la simple annonce, voire même dans la menace de poursuites destinées à procurer l'exécution par le débiteur d'engagement licites qu'il a librement contractés (Cf. Crome, *allegemeine Teil der modernen Französischen Privatrechtswissenschaft*, 1, parag. 27, note 6.)

Ne semble-t-il pas que nous soyons revenus au pur système de la « volonté », et la logique ne paraît-elle pas imposer que, dès lors que la victime a éprouvé une frayeur susceptible d'influer sur ses volitions, et que cette frayeur l'a déterminée à passer un acte juridique, cet acte doive disparaître quelles que soient les conséquences que cette disparition doive avoir pour les tiers ? Ne faut-il pas, avant tout, qu'elle ne soit pas tenue sans sa volonté ? On n'a pas osé aller jusque-là.... La crainte concomitante à l'engagement, même lorsqu'elle le vicia radicalement au point de vue psychologique, n'est pas considérée par le législateur allemand comme

donnant à elle seule ouverture à nullité ; il faut qu'il y ait eu « manœuvres employées » et « violence exercée », non pas seulement crainte ressentie, l'art. 123 dit même : « menace illicite ». Cf. C. civ. français, art. 1112. — Demolombe, *loc. cit.* n^o 150. — Blume, C. civ., 225, 259. — Ennecerus, 1, § 79, note 13, p. 305.)

N'est-ce pas là un résultat du système que nous avons déjà critiqué, n'est-ce pas là un résultat de l'incohérence apportée dans l'œuvre législative par les amendements et les votes de gens imbus d'idées différentes de celles qui avaient inspiré les auteurs du projet ? Le Code allemand a, nous l'avons vu, penché jusqu'ici du côté du système « de la déclaration », il l'abandonne ici pour revenir au système psychologique mais, par un manque de logique manifeste, il écarte la nullité dans des cas où le consentement du déclarant a été manifestement impulsif, et par suite vicié, sinon même inexistant. Pourquoi ces contradictions ? Parce qu'on a voulu tirer des systèmes, par des raisonnements géométriques, ce qu'ils ne contenaient pas, alors qu'il eût été plus simple de reconnaître franchement que l'équité et la bonne foi, telles qu'elles semblent aujourd'hui nécessaires dans des relations juridiques, s'opposent à ce qu'un individu puisse bénéficier d'un engagement extorqué par des moyens frauduleux, comminatoires ou dolosifs ;

qu'il y a là, d'après les idées courantes, une faute dont l'auteur de ces manœuvres doit porter la peine, faute dont la gravité s'appréciera d'après les circonstances du fait et dont les principaux éléments d'évaluation seront les facultés intellectuelles et l'état d'esprit de la victime. Voilà, selon nous, quelle était la raison pour le législateur d'infliger une peine à l'auteur de la violence ou du dol, peine qui aurait consisté soit dans des dommages-intérêts, soit dans l'annulation de l'engagement, suivant qu'il aurait jugé l'un ou l'autre mode préférable et plus adéquat à la satisfaction des nécessités sociales qui lui dictaient sa décision, et auxquelles tous les systèmes rationnels *a priori* doivent se plier, que l'on trouve ou que l'on ne trouve pas un moyen de les faire s'accorder logiquement avec les solutions pratiques.

Ceci posé, y a-t-il lieu de maintenir l'ancienne différence entre le dol et la violence, suivant laquelle celle-ci opérerait *in rem* comme en droit français, où la violence, dès lors qu'elle a été commise dans le but d'induire à contracter, y est, on le sait, opposable à tous les tiers, même étrangers au contrat ; tandis que le dol n'est opposable à l'autre partie que s'il est son œuvre, ou tout au plus, à certains tiers : les ayants cause du coupable. (Cf. Bufnoir, *op.cit.* p. 618 et 613 et s.)

Cette distinction n'est guère soutenable rationnellement, si l'on fait reposer l'annulation pour violence sur la notion de vice du consentement (car la nullité devrait, dès lors, être toujours *in personam* ou toujours *in rem*); mais elle ne se justifie pas mieux, croyons-nous, si l'on se place, comme nous l'avons demandé ci-dessus, simplement au point de vue de l'équité et de la politique juridique, si l'on veut faire de l'action en nullité, dans ce cas, *une simple forme de l'action en indemnité*. On a dit qu'à certaines époques troublées, un individu pourrait par menaces obtenir des promesses en faveur de toute une catégorie d'individus, et qu'il était alors utile que la nullité en opérât *in rem*; car il serait abusif d'exiger que la victime prouvât, à l'égard de tous ceux qui voudraient se prévaloir de la promesse qu'ils la savaient ou devaient la savoir viciée par des faits de violence; tandis que, pour des faits de dol, une pareille mesure n'était pas nécessaire de telles hypothèses n'étant guère de nature à se présenter. Ce raisonnement ne semble pas exact; car, s'il est vrai que les faits de dol ayant une pareille étendue doivent être plus rares que des faits de violence se présentant dans les mêmes conditions, encore est-il qu'il n'est pas à loin près impossible que cela ait bien, et que, dans ce cas, la difficulté de preuve dont on fait argument sera beaucoup plus grande

encore. Nous ajouterons qu'en général et *en fait*, le dol étant plus fréquent et plus pernicieux que la violence, précisément à cause de son caractère plus discret, il doit être réprimé plus sévèrement; car il est plus facile de se défendre contre une violence ouverte que contre des manœuvres insidieuses, et que, dès lors, si la violence opère *in rem*, il ne doit pas en être différemment du dol et inversement. Malgré cela, le Code allemand maintient la distinction admise par le droit français entre les effets du dol et ceux de la violence : nous n'en discuterons pas moins brièvement la question de savoir si, étant admis que les deux catégories de manœuvres répréhensibles doivent produire les mêmes effets, ces effets doivent toujours être *in rem* ou toujours *in personam*.

Si l'on se place au point de vue psychologique, et que l'on fonde ces nullités sur des vices du consentement, elles doivent bien évidemment être toujours *in rem*. Tout au plus pourrait-on donner au tiers qui a ignoré les faits, et contre qui la nullité réfléchit, une action en indemnité contre le demandeur en nullité, mais cela uniquement dans le cas de violence; car, dans ce cas seulement, on peut reprocher au demandeur une nullité d'avoir commis une *culpa in contrahendo*, puisque les faits de violence lui étaient nécessairement connus et

que, par suite, en contractant, il savait faire un acte nul. Seulement alors, on introduit une différence entre le dol et la violence qui, si elle se justifie subjectivement (car, en cas de dol, il ne saurait, par définition, y avoir eu de *culpa in contrahendo*), est, semble-t-il, injustifiable objectivement, car celui qui a reçu de bonne foi la déclaration résultant de la violence d'un tiers n'est pas plus répréhensible que celui qui a reçu une déclaration résultant de manœuvres dolo-sives. Zittelmann, Rg., p. 44. Leonhardt, p. 522. Et ce n'est pas justifier rationnellement d'une façon suffisante une telle différence que de dire, avec M. Bufnoir (*loc. cit.*, p. 617), qu'il faut admettre cela comme une règle de droit positif résultant d'une conception traditionnelle et courante, parce que l'on croit plus inique de profiter d'une promesse extorquée par violence que d'une promesse surprise par dol. Si, en effet, il y a là un motif d'équité correspondant avec la conscience juridique du moment, ce motif perd toute sa valeur ici, par ce fait qu'il ne vient pas puisque l'on ne saurait se poser la question de savoir si le tiers est plus ou moins coupable quand précisément, par hypothèse, il était de bonne foi, c'est-à-dire quand il n'a rien connu des manœuvres incriminées.

Nous croyons donc que la nullité exigée par l'équité, comme répression des manœuvres

extorsives ou dolosives, devra être limitée dans ses effets aux individus qui les auront commises *ou qui s'y seront associés indirectement en profitant sciemment de leurs effets*¹. Ce résultat s'accorderait parfaitement avec les principes admis par la « théorie de la déclaration », où le déclarant n'est lié à l'interprétation normale objective de sa déclaration que dans l'intérêt du récepteur de bonne foi, et où il cesse d'être tenu lorsque celui qui prétend se prévaloir de sa déclaration aurait dû être plus vigilant et s'apercevoir des vices de la déclaration qu'il recevait, et où, *a fortiori*, il doit être délié de toute obligation lorsque le récepteur ou tout autre tiers est mauvaise foi, puisqu'il cherche à exploiter, en s'en prévalant soit directement, soit indirectement, une déclaration qu'il sait provoquée par erreur, dol ou violence.

Durée de la nullité pour dol

Appliquant ici le même système qu'à la nullité pour erreur, le législateur a fixé à un an le délai accordé à la victime du dol ou de violence pour émettre sa déclaration d'annulation. Ce

1. Au cas de représentation, la nullité pour dol, opposable au mandataire, sera opposable au mandant, opposable au commissionnaire, le sera au commettant, mais cela seulement en vertu des principes de la représentation. Cf. art. 123. Code all. nouv., et les explications de M. Saleilles sous cet article, *op.cit.*, p. 69, 70, 71.)

délai court du jour de la découverte du vice de la déclaration³, et l'annulation n'est plus possible au bout de 30 années.

On avait proposé d'exiger que la nullité fût dénoncée illico, mais on renonça à cette exigence. En effet, d'une part, à la différence de l'erreur, les phénomènes desquels résultent les vices d'erreur et de violence ne sont pas susceptibles de localisation précise dans le temps ; d'autre part, la situation de l'auteur du dol ou de la violence est beaucoup moins favorable que la situation de ceux qui entendent profiter d'une situation irrégulière, mais dont ils ne sont pas responsables.

D'un autre côté, pour éviter que l'auteur du dol ou de la violence ne pût abuser, à l'aide de son action en exécution, de la longanimité de son adversaire, qui, au cas de non-exécution, aurait négligé de prononcer la nullité dans les délais légaux, on a muni ce dernier d'une exception perpétuelle (art. 853 C. a. n.), valable même contre les tiers (du moins l'admet-on généralement) ; car ils sont en faute d'avoir voulu profiter sciemment d'un

1. Ce délai est un délai de prescription ; il peut donc être suspendu ou interrompu, *secus* du délai de 30 ans, qui est préfix.

2. Cf. Holder. Il faut qu'il y ait une certitude juridique du dol ; une conviction raisonnée ne suffirait pas, et, pour la violence il faut que les motifs de crainte créateurs du vice de violence ne soient pas la cause du retard de la déclaration d'annulation ; car, en ce cas, le retard ne pourrait être opposé à la victime.

acte qui résulte de l'emploi de manœuvres extorsives ou dolosives.

Ajoutons un dernier trait à cette ébauche de l'organisation des nullités relatives pour dol et pour violence en droit allemand : tandis que la fixation du délai de 10 ans de l'art. 1304 du C. civ. français repose sur une présomption *juris et de jure* de ratification tacite ; comme le Code allemand n'admet aucune présomption légale irréfragable, la forclusion par un an du droit de déclarer la nullité pour dol ou pour violence ne peut reposer que sur une idée de peine, de déchéance pour incurie ou, plus simplement, de nécessité sociale, ce qui rend plus étonnant encore son admission de l'effet *in rem* de la violence.

INCAPACITÉ ¹

Nous avons vu quelles difficultés pouvait opposer au déclarant l'incapacité du destinataire par les complications qu'elle entraîne dans la

1. Si nous parlons à part et en dernier lieu de l'incapacité du déclarant, c'est que : 1° elle ne produit pas les mêmes effets que les autres vices de la déclaration (dol, erreur, etc.), puisqu'elle produit, non pas l'annulabilité, mais l'*inefficacité* ; 2° parce qu'elle ne semble pas avoir été envisagée par le législateur allemand comme un vice de la déclaration, mais comme une circonstance

réception de la déclaration ; il nous reste à examiner les effets qu'elle peut produire sur l'émission de la déclaration, c'est-à-dire lorsqu'elle affecte, non plus le récepteur, mais le déclarant lui-même.

Le Code allemand édicte la nullité absolue de la déclaration émise, aux fins de contracter, par un individu qui se trouve dans un des états objectivement faciles à constater qu'il énumère : bas âge (moins de 7 ans), insanité non momentanée et, *a fortiori*, insanité ayant abouti à une interdiction. (C. civ. all., art. 104, sect. 1, tit. 1.) La même nullité atteint la déclaration faite par un individu en état d'inconscience passagère objectivement reconnaissable, telle que l'hypnose. Au contraire, la déclaration émanée d'un demi-incapable non autorisé n'est pas nulle ; elle existe dès son émission ; elle survit au décès ou au changement de capacité. Seulement, dans un but de protection, la loi en a conditionné les *effets* : elle existe donc bien, en tant que déclaration ; seulement ce qui en résulterait, si le décla-

extérieure qui influe sur ses effets, qui soumet à des règles spéciales la formation du contrat. Nous aurions donc pu, à la rigueur, la négliger dans une étude de la *déclaration* ; mais, d'une part, le droit français (qui l'envisage logiquement comme un défaut de la volonté) nous a habitué à en traiter à la suite du dol, de la violence, etc., et, d'autre part, il nous a semblé qu'une légère esquisse de cette question ne serait pas absolument superflue au moment où, après avoir étudié la déclaration contractuelle dans sa formation, nous allons aborder l'étude de son fonctionnement

rant était pleinement capable ne se produit pas ou se produit mal ; plus exactement, le législateur a organisé un système spécial de formation des contrats pour la catégorie d'individus qu'il a frappée d'une demi-incapacité. (Art. 106-115 C. civ. all.) Ces individus sont : le mineur de plus de 7 ans, celui qui a été interdit du chef de faiblesse d'esprit, le prodigue, l'ivrogne et celui qui a été placé en tutelle provisoire conformément à l'art. 1906. Tous ces individus sont assistés d'un représentant légal. Lorsque l'un d'eux émet une proposition de contrat sans l'approbation ou l'assistance de son représentant légal, cette déclaration n'est pas nulle, mais elle est atteinte d'une imperfection qui soumettra la formation du contrat aux modalités suivantes. Si l'autre partie a accepté la proposition du demi-incapable le croyant capable, elle aura le choix, ou de révoquer son acceptation, ou de demander au représentant légal du demi-incapable s'il entend approuver l'acte de celui dont les intérêts lui sont confiés ; si le tuteur approuve, le contrat est formé définitivement ; s'il refuse, ou si, sommé de se prononcer, il reste deux semaines sans répondre, le contrat tombe de lui-même ¹.

1. À moins que le mineur ne fût autorisé à faire le commerce, ou qu'il ne fût entré avec autorisation au service de quelqu'un, et

La faculté de révocation cesse pour l'autre partie par l'approbation du représentant légal donnée au contrat; elle cesse également par l'arrivée ou par le retour du demi-incapable à capacité, si ce retour est suivi d'une approbation du contrat par lui. Elle n'existe jamais lorsque l'acceptant a été de mauvaise foi, c'est-à-dire lorsqu'il a connu l'incapacité, ou, si l'incapable s'est prétendu autorisé, lorsqu'il a su que cette allégation était mensongère.

La déclaration faite par un mineur et, par voie de conséquence, le contrat fait par lui est, dit le Code allemand, radicalement inefficace. L'inefficacité est-elle une espèce particulière de nullité? Il ne semble pas que le législateur allemand ait voulu désigner par ce mot quelque chose dont il se soit fait une idée bien nette : tantôt (cf., Planck, p. 145) il emploie cette expression pour désigner des actes en pratique nuls (art. 107 à 111), tantôt pour désigner la « nullité » qui atteint des actes destitués de leurs effets par un événement indépendant de leur formation, d'ailleurs régulière, tel l'acte qui ne sort pas exécution par suite de la défaillance d'une condition suspensive ou, ce qui est la même

que le contrat envisagé ne fût relatif à son service, ou enfin, qu'il n'ait exécuté le contrat *de plano* avec des deniers à lui propres ou à lui abandonnés dans ce but.

chose, de l'événement d'une condition résolutoire. (Art. 161 et 2077, Leonhard, p. 435.) Il y a pourtant une différence notable entre l'acte non avenu pour défaut dans sa formation et l'acte plus tard destitué d'effets par une circonstance quelconque !! (Art. 140-141, § 2.) Et il faut cependant remarquer, avec Windscheid et Kipp sur Windscheid (1. § 82, p. 368 ss.), que, dans tous les cas où c'est une condition résolutoire qui échoit ou une condition imposée par les parties à la formation du contrat qui ne se réalise pas, c'est la volonté des parties qui se suicide elle-même; tandis qu'il est des cas où le Code allemand paraît s'écarter de cette notion de l'inefficacité qui serait une nullité conventionnelle, puisqu'il est des cas où la loi déclare des actes inefficaces alors justement que les parties eussent désiré qu'ils sortissent effet (cf., art, 111-174-388 et 925 Code allemand), ou réciproquement, que le Code civ. all. (art. 306) parle de *nullité* au cas d'impossibilité de l'objet¹.

Il semble donc impossible de voir dans la diversité des termes une différenciation systématique correspondant à des idées; c'est d'ailleurs l'avis exprimé par M. Saleilles. (De la

1. Or, si les parties eussent connu l'impossibilité matérielle de l'objet, il paraît vraisemblable qu'elles eussent modifié leurs conventions, de sorte que, dans la plupart des cas, cette nullité reposera sur une intention présumée des parties plutôt que sur une intervention légale.

déclaration, p. 328 et s.) Nous ajouterons que cette matière est fort obscure, et que les efforts de M. Saleilles (*loc. cit.*), de Leonhård (§§ 94 et 95) et de Kipp (sur Windscheid, I, § 82) n'ont pu arriver à l'éclaircir complètement et à découvrir une idée nette et simple, un *critérium* permettant de distinguer avec précision les caractères, les cas d'application et les effets de la nullité de ceux de l'inefficacité. Il nous est donc permis de supposer que, le Code allemand étant l'œuvre d'une assemblée délibérante, cette terminologie ne correspond à aucune idée qui soit nette, précise, logique, mais bien plutôt à des concepts individuels, hétérogènes, sinon même peut-être à rien du tout ².

2. On serait peut-être tenté de croire que l'incapacité, et surtout l'incapacité dans le système pur de la déclaration, ne doit pas être opposable aux tiers qui ne l'ont pas connue. Ce serait une erreur, car l'incapacité est toujours objectivement connaissable, et dès lors, il appartient aux tiers de s'en enquérir, *jura vigilantibus*. Or, la déclaration ne produit son effet intégral qu'au profit de celui qui n'a rien à se reprocher. Tout au plus pourrait-on admettre le refus de la nullité à l'incapable qui se serait livré à des manœuvres pour éviter que son incapacité ne fût connue.

DES EFFETS DE LA DÉCLARATION

Nous avons dit que l'effet propre, la cause finale de la déclaration était *immédiatement* la production d'obligations à la charge de son auteur. (C'est pourquoi nous avons proposé de remplacer le terme généralement admis de déclaration de volonté par celui plus exact de déclaration d'engagement, qui a l'avantage de ne préjuger de rien.)

Deux questions se présentent immédiatement à l'esprit (auxquelles nous ne répondrons que pour les déclarations contractuelles) : 1° dans quel rapport ces effets sont-ils avec la déclaration, non plus au point de vue causal, mais au point de vue quantitatif (interprétation) ? 2° La déclaration produit-elle toujours ces effets ? (Nullités.)

L'INTERPRÉTATION DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ
DANS LES CONTRATS

Nous avons indiqué brièvement, en nous inspirant de l'ouvrage ¹ de M. Saleilles (De la déclaration de volonté), les règles qui président à la production de la déclaration émise aux fins de contracter, suivant le droit allemand.

Nous allons examiner les règles que, dans la même législation, le magistrat doit appliquer aux déclarations : 1° considérées isolément, 2° considérées comme actes convergents, comme éléments de la formation d'un contrat, quand il doit en pénétrer le sens pour en mesurer la portée et l'étendue des obligations qu'elles font naître, pour les interpréter.

Ces règles s'adressent en apparence au magistrat, mais, en réalité, elles intéressent avant tout le déclarant ; car elles lui serviront, en appréciant le sens qui sera donné à sa déclaration par l'autorité sociale, à régler ses actes suivant le but qu'il a en vue et, ces actes accomplis, à connaître la portée et l'étendue de ses engagements et de ses droits ².

1. Nous avons mis ici un qualificatif élogieux, mais nous l'avons supprimé : il est des œuvres dont il est superflu, parce qu'elles se suffisent à elles-mêmes, de faire l'éloge, surtout quand on est, comme nous, un apprenti dans la science du droit, et que cet éloge ne les grandit par conséquent en rien.

2. Nous continuerons, comme par le passé, d'envisager la question au point de vue purement spéculatif, c'est-à-dire de traiter

INTERPRÉTATION DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ
CONSIDÉRÉE ISOLÉMENT

« Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle, et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression. » (Art. 133 C. A.) En matière de contrats, l'art. 157 dit au contraire, que ces actes doivent s'interpréter comme l'exigent la loyauté et la bonne foi, appréciées *d'après les usages* admis en affaires ; ces deux règles semblent donc en contradiction, l'une paraissant attacher toute l'importance à la volonté subjective, et l'autre semblant imposer, pour l'appréciation des déclarations contractuelles, l'emploi de *criteria* objectifs.

Nous retrouverons cette question en temps et lieu ; mais il faut préalablement délimiter le domaine de l'interprétation judiciaire que visent

le Code civil allemand comme un système juridique qui soit dans le domaine des faits et de la législation positive le produit des théories des auteurs qui ont traité notre sujet ; mais nous laisserons, par conséquent, de côté les textes purement réglementaires, et, notamment, nous limiterons notre étude au rôle immédiat de la déclaration dans la formation du contrat, sans nous occuper des questions que peut faire naître le contrat lui-même, par exemple, quant au moment de sa formation. Si, pour être complet, nous croyons devoir en parler, ce sera à titre purement indicatif et énonciatif, sans entrer dans la discussion de ces questions, qui, si elles confinent à notre sujet, n'y rentrent toutefois pas directement.

les textes cités, en présence de l'interprétation légale ; car, avant d'étudier les règles que devra suivre le juge dans son interprétation, il faut déterminer les cas dans lesquels il y aura lieu à cette interprétation.

La plupart des législations modernes reconnaissent et consacrent ce que l'on est convenu d'appeler l'autonomie de la volonté ; c'est-à-dire que les parties peuvent, à la condition de respecter les bonnes mœurs et les règles légales, inventer toutes les combinaisons, faire toutes les conventions possibles. Mais, de ce que la volonté privée est indépendante et souveraine, il ne faudrait pas conclure que la loi doive se désintéresser de son activité en se bornant à en fixer les limites. La société ayant en effet intérêt à infléchir et à réglementer les volontés privées vers des objectifs qui lui conviennent : le législateur a, pour ce faire, inventé et mis à la disposition des particuliers toute une collection d'actes juridiques par lui prévus et préorganisés, sachant bien, en effet, comme nous l'avons exposé précédemment, que les parties, en faisant un acte juridique, en concluant un contrat par exemple, n'ont nullement en vue l'acte juridique comme but, mais uniquement le résultat économique qu'ils désirent atteindre et dont cet acte n'est qu'un moyen. Ils choisissent donc dans la collection légale l'acte qui leur paraît le plus apte à réaliser

les fins désirées le modifiant sur les points absolument essentiels, mais respectant en général la réglementation et l'organisation légales, tant dans l'ensemble et dans la conception générale de l'acte que dans une foule de détails.

Dans les milliers de vente qui ont lieu chaque année, l'attention des cocontractants ne se porte pas 1 fois sur 1.000 sur la garantie, sur la résolution ni sur les autres effets de ce genre, parce qu'on a pris l'habitude d'emprunter les différents mécanismes juridiques tels que la loi les a prévus et organisés dans le but de mettre à la disposition des parties des moyens aussi perfectionnés que possible de parvenir à la satisfaction de leurs besoins économiques. (Cf. Danz *Auslegung des Rechtsgeschäfte*, 1897, p. 31.)

Le nouveau Code allemand a suivi ces errements, et il contient, lui aussi, à côté des règles impératives, des règles interprétatives ou plutôt supplétives. Il ne faut pas confondre les règles interprétatives avec les règles supplétives. Les premières sont des règles de conduite dictées au juge par le législateur quand les parties ont bien exprimé *une* volonté, mais qu'elles l'ont fait d'une façon tellement peu claire qu'il y a ambiguïté et indécision; alors, le législateur prenant en considération ce doute, les intérêts des parties et ceux de la société, dont il la garde, fait pencher la balance du côté qu'il

juge le meilleur. Les deuxièmes règles, dites supplétives, sont tout autre chose : comme il résulte de ce que nous venons de dire de la manière dont les individus entendent généralement les actes juridiques que les points de détail ne sont en général pas réglés par les parties, elles ont pour but d'organiser, conformément aux normes propres au législateur et aux buts poursuivis par lui, les points du contrat sur lesquels la volonté des cocontractants n'a pas porté. Elles n'ont pas pour but de décider quel sens doit être donné à une déclaration ambiguë ou douteuse, mais bien de remplacer une volonté absente de telle sorte que, pour qu'elles ne soient pas appliqués, il faut une contre-volonté résultant explicitement ou implicitement de l'activité des parties. Seulement, comme les données de l'acte juridique qui sont susceptibles de dérogation, avaient été prévues et organisées par la loi en vue de satisfaire au but dont elle désire la réalisation, on comprend fort bien qu'il faille une volonté certaine pour y apporter une dérogation. M. Saleilles dit, à la page 119 de son remarquable ouvrage sur la déclaration de volonté, qu'il n'y a entre ces deux catégories des règles légales qu'une différence quantitative, en ce que la volonté dérogatoire devrait, pour les écarter, être exprimée avec plus de précision et de force dans un cas que dans l'autre : nous ne

croyons pas que ce soit là *absolument* le seul critérium de différenciation, car ce n'est là qu'un résultat et non une cause (cf. Stammler, *loc. cit.*, p. 57.) On tend, en effet, chaque jour davantage à abandonner cette conception vieillie des règles légales interprétatives de la volonté des parties, pour cette raison décisive que, les trois quarts du temps, le législateur interpréterait une volonté qui n'a pas existé, et que, par suite, la règle ne s'appliquerait pas. Il est, d'ailleurs, manifestement évident que, dans beaucoup de cas, il est du devoir du législateur de compléter la volonté des parties dans un sens conforme aux intérêts dont il a la garde et la gestion. C'est pourquoi il est préférable de dire, au lieu de présomption ou interprétation légale de volonté, ce qui ne correspond à rien lorsqu'on parle de ces règles d'organisation auxquelles les parties peuvent à la rigueur déroger : règles dispositives (Stammler) ou subsidiaires ou « non impératives », de manière à ce qu'il soit bien entendu que c'est par nécessité sociale qu'il en est ainsi, et non par la vaine fiction d'une volonté qui n'a jamais été. (Cf. les lois sur l'hérédité ab intestat. et la situation des gens mariés sans contrat, et ce que dit Danz de la profonde stupéfaction que procure à ces gens la découverte de pareilles règles, notamment en matière de contrat de mariage.) Il en est tout différemment de ces

dispositions législatives, que nous avons mentionnées qui ont pour but, soit d'infléchir l'interprétation d'une volonté douteuse, ou même simplement de décider ce qui a le plus de chances d'avoir été décidé conformément aux usages et à l'équité, si, comme il y a lieu de le croire, les parties étaient honnêtes et de bonne foi ; c'est à ces règles et à celles-là seules que convient le nom d'interprétatives. Cela n'est toutefois pas absolu, car, même dans ce cas, il est douteux que l'on puisse admettre sans réserve l'idée d'une interprétation anticipée de la volonté des parties ; car, en supposant même que tous les termes de deux déclarations fussent identiques, il n'y aura presque jamais deux déclarations et, *a fortiori*, deux contrats qui, au point de vue de la volonté qu'ils expriment, soient l'expression de la même volonté subjective. La loi n'a pas ou, si elle l'a, ne devrait pas avoir la prétention d'interpréter par avance une volonté dont elle ignore les termes ; elle donne au juge mission de faire ce travail ; seulement, dans certains cas, comme elle souhaite certaines solutions plutôt que certaines autres, elle substitue ses présomptions à celles du juge, et, au lieu de lui permettre de statuer d'après ses lumières, elle les lui fournit, de même que, dans certains cas, elle refuse au juge le droit de se déterminer par les preuves qu'il pourrait estimer suffisantes, et lui indique

limitativement celles qu'il pourra accepter. C'est toujours le même système qui, par une gradation descendante, va de la règle impérative, en passant par celles auxquelles le législateur permet une dérogation sacramentelle, expresse, explicite, implicite, à la règle simplement interprétative dont nous avons fait mention précédemment. Et pour en revenir à la distinction que nous avons faite précédemment entre les règles interprétatives et les règles supplétives, on peut soutenir qu'elle n'est pas purement quantitative; car ces dispositions paraîtront plus ou moins exorbitantes suivant le point de vue auquel on se place. La règle supplétive, qui supplée à la volonté absente, paraît plus hardie que la règle interprétative, qui se borne à expliquer l'expression douteuse de la volonté émise; mais, réciproquement, la règle supplétive est écartée par une simple volonté contraire, explicite ou implicite, tandis que la règle interprétative exige, pour l'écarter, une volonté exprimée et clairement exprimée.

Il y a donc lieu de se demander avec Stammler, si la différence entre les règles est purement quantitative ou si elle est qualitative : il penche vers cette deuxième opinion, et il le démontre à l'aide de l'hypothèse suivante : en parlementant pour arriver à la passation d'un contrat, deux individus ont (cela est par hypothèse

prouvé) discuté un point prévu par une règle légale dont le caractère supplétif ou interprétatif est controversé, et définitivement, ont omis de prendre sur cette question aucune décision. Si la disposition légale est supplétive, elle s'appliquera, car la volonté des parties non formulée lui importe peu ; mais, au contraire, si la règle en question est purement interprétative, elle ne s'appliquera pas, car elle aurait pour but de faire disparaître une ambiguïté dans l'expression maladroite de la volonté des parties, et, par hypothèse, les intéressés ont négligé d'avoir sur la question aucune volonté. Il est vrai que cette hypothèse construite par Stammler est pratiquement à peu près irréalisable ; de deux choses l'une, en effet : les parties ont prévu la difficulté, et ont, par erreur, voulu que le contrat « ou leur silence même » y répondissent tacitement ; ou au contraire, elles ont entendu s'en rapporter à la disposition légale. Or, dans le premier cas, si la volonté a été simplement mal exprimée, on appliquera les règles légales édictées « *dans le doute* » ; mais il est difficile d'admettre, avec Stammler, que le point ayant été prévu n'ait réellement fait l'objet d'*aucune volonté* ; cela est réellement bien invraisemblable, et alors, les présomptions légales supplétives s'appliqueront. Elles s'appliqueront surtout aux points qui auront échappé à l'attention des parties. C'est

alors seulement que l'on peut dire que les solutions à intervenir n'ont été prévues par les parties ni directement ni indirectement, et que les dispositions légales viennent combler les lacunes de la volonté des parties; mais il ne faut pas dire que les parties pourraient les écarter suivant qu'elles seraient interprétatives ou supplétives, car le législateur, qui peut imposer une règle à la volonté des parties, doit *a priori* pouvoir imposer une solution conforme à sa volonté au juge chargé de résoudre le problème que fait naître leur volonté douteuse ou absente. Il y a plus: on peut dire que les parties, en prenant l'acte préorganisé par la loi, l'ont pris tel qu'elle l'avait fait, et que de la sorte la règle supplétive est indirectement, est subsidiairement interprétative, et que, d'autre part, le fait même d'interpréter une volonté douteuse exposant celui que le fait (dans l'espèce, le législateur) à se tromper, en ce faisant, il construit une volonté qui n'a jamais été, et la règle interprétative devient de la sorte *ipso facto* supplétive. (Cf. Holder, p. 34 et s.) De telle sorte que nous en reviendrions, en pratique, à un critérium de distinction quantitatif; car toutes ces dispositions n'ont d'autre but et d'autre effet que de restreindre la liberté du juge. Les dispositions dites interprétatives étant en réalité supplétives, elles remplacent la volonté douteuse, et les dis-

positions que Stammler appelle supplétives étant en réalité dispositives car elles remplacent la volonté non expresse.

De la possibilité de déroger à ces différentes règles

Bref, les dispositions légales interprétatives sont en réalité supplétives, puisqu'elles remplacent la volonté douteuse, et les dispositions que Stammler appelle supplétives ont simplement cela de particulier qu'elles remplacent la volonté non expresse; il n'y a donc pas absolument entre elles une simple différence de degré quant au caractère que doit avoir la manifestation de la volonté des parties pour déroger aux règles écrites dans la loi. Dans le premier cas, la disposition légale tombera devant toute présomption résultant en une simple probabilité de volonté contraire, puisque le doute s'en trouvera éclairci, et, dans le deuxième cas, il faudra, pour écarter la disposition légale, la preuve d'une volonté contraire certaine. Mais en résulte-t-il que cette volonté doit nécessairement être expresse? En principe, non (à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat solennel) mais, en fait, il sera difficile d'admettre une déclaration tacite. Evidemment, la preuve de la convention spéciale et certaine que la loi exige pourra être rapportée par tous moyens; mais, comme il faudra ici (nous sommes

en matière contractuelle) non seulement une volonté certaine, mais la preuve d'une convention spéciale d'une *clause* dérogatoire délibérée et rapportée spécialement (car c'est en matière de règles légales interprétatives seulement que l'on peut induire des circonstances générales concomitantes au contrat qu'il y a lieu de dire qu'il n'y a pas doute et d'écarter le loi), il sera difficile d'admettre que la preuve de cette clause envisagée et délibérée spécialement puisse être rapportée d'une façon tacite. Il faudra donc, pour écarter les règles supplétives ou dispositives (suivant la terminologie que l'on adopte), que la volonté dérogatoire rentre dans le contenu de la déclaration en tant que clause (cette clause fût-elle obscure, et eût elle même besoin d'interprétation), et non en tant que résultante générale de l'ensemble. Et, de plus, si l'acte est un acte formel, il faudra que ladite dérogation rentre, en tant que clause, dans le contenu solennel de la déclaration, de manière à être couverte par les formalités, puisqu'une volonté même certaine et spéciale est, par définition même, insuffisante dans le cas où il s'agit d'actes solennels.

Et maintenant, quel critérium causal pourrions-nous donner à l'attribution par le législateur de l'un ou de l'autre caractère aux dispositions qu'il édicte ? Ici, comme partout ailleurs, nous appliquerons comme critérium ce que nous

croyons être la seule cause qui justifie l'émission par la société de règles de droit, à savoir, l'intérêt social, et, suivant que cet intérêt sera plus ou moins gravement en jeu la dérogation aux règles légales sera plus ou moins facilement permise.

S'il s'agit d'ordre public, il n'y aura pas de dérogation possible ; si, au contraire, l'intérêt public seul est en jeu, nous aurons des dispositions dispositives supplétives qui s'appliqueront même en l'absence de toute volonté des parties ; enfin, dans les règles qui ne sont qu'interprétatives, le législateur a simplement le désir de faire prévaloir, dans le doute, les usages et conceptions actuelles, les jugeant probablement plus expédientes.

Mais comme, tandis que l'ordre public seul est presque inévolatif, et qu'au contraire, l'intérêt public et les usages varient assez souvent, n'y a-t-il pas lieu d'appliquer l'esprit de la loi en appliquant les conceptions actuelles de l'intérêt public et des usages, et de permettre au juge de tenir compte des variations dans les usages ou dans les conceptions de l'intérêt public ? Cela dépend du parti que l'on prend dans la question, si controversée de nos jours, des règles à suivre pour l'interprétation des lois. Si l'on est partisan d'une certaine plasticité dans l'interprétation judiciaire de la loi, il y a lieu, semble-t-il, d'admettre que, si le juge ne peut toucher à ce

qui, étant considéré comme d'ordre public par le législateur, a provoqué, à tort ou à raison, des ordres ou des prohibitions absolus, il peut, au contraire, au cas où, la loi permettant la dérogation cette dérogation devient absolument de style, en arriver à la présumer et à l'induire de l'ensemble du contrat et des circonstances concomitantes, sans exiger une déclaration expresse. Mais cela, nous le répétons, dépend de la solution d'un problème trop général et trop vaste pour que nous l'exposions ici. (Cf. Duguit, L'État, le droit objectif et la loi positive ¹. Geny, Méthode d'interprétation et sources

1. SALEILLES, *op. cit.*, p. 213 : « On est à peu près d'accord pour admettre que l'interprétation en matière de lois n'a pas pour but une recherche de volonté, et qu'elle ne consiste pas à découvrir la volonté du législateur, chose impossible et but purement fictif ; car, s'il en était ainsi, il faudrait savoir ce que chacun de ceux qui ont participé au vote de la loi a voulu, et dégager de cette moyenne la volonté générale, qui a été celle de la majorité, toutes choses irréalisables. Le législateur émet la loi comme un principe d'ordre social qui doit se suffire à lui-même dans son adaptation constante aux exigences sociales. La loi est un instrument de réglementation sociale ; elle doit s'interpréter de la façon la plus conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur ; et, comme la matière sociale est une matière organique en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite. L'adaptation de la loi se moule en quelque sorte à la plasticité des éléments auxquels elle s'applique, de sorte qu'elle devient elle-même un organisme qui se développe et qui porte ses fruits, précisément par l'interprétation incessamment progressive qui en est faite. Le juge, loin d'être l'instrument passif que l'on prétend, est le régulateur de la vie sociale dans ses rapports avec la loi. »

en droit privé positif, Paris, 1899 Danz, *Auslegung des Rechtsgeschäfte*, 1897. Kipp sur Windscheid—1, § 84 et p. 381, 382.)

L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE

Nous venons d'exposer quelle place l'interprétation légale laisse à l'interprétation judiciaire; nous avons donc à étudier maintenant comment celle-ci doit se faire et sur quels principes elle repose.

L'art. 133 du Code allemand (*supra*), semble consacrer le système de l'autonomie de la volonté, et pose en principe que la volonté vraie doit toujours l'emporter sur la volonté déclarée, ce qui est contraire, non seulement au 119-1° du même Code, mais encore, à tout le système qui a prévalu en matière de déclaration.

Le sens véritable de cet article est que l'on ne doit pas interpréter le texte de la déclaration d'une façon judaïquement littérale, qu'on ne doit pas chercher à en faire un piège, soit pour le déclarant, soit pour son adversaire. De part et d'autre, il doit y avoir, comme disent les Anglais, « fair play », c'est-à-dire qu'on doit entendre la déclaration d'une manière conforme à ce qu'on a pu comprendre, et croire de la volonté du déclarant, en tenant compte en même temps des usages, et de l'équité.

Les individus, quoi qu'en disent les théoriciens de l'autonomie, sont incapables d'organiser eux-mêmes les mécanismes juridiques nécessaires à la réalisation des fins économiques qu'ils poursuivent : la loi leur fournit ces mécanismes, édicte des règles supplétives et interprétatives ; mais elle-même ne peut tout prévoir, puisqu'elle travaille *in abstracto*, et c'est par suite au magistrat (Saleilles, 214, *ibid.*), « qu'il appartient de faire au point de vue concret, ce que la loi fait au point de vue abstrait, c'est-à-dire d'aider les parties à dégager la réglementation concrète de leurs propres conventions, de compléter leurs propres déclarations dans le sens de leurs volontés légalement exprimées, d'être, en un mot, en suivant l'orientation de leurs propres volontés, le régulateur de leurs intérêts réciproques dans le sens du droit et de la loyauté, bases de tout crédit et de toutes relations sociales. » Autrement dit, le magistrat jouera, dans les espèces concrètes, le même rôle supplétif que la loi joue dans les espèces abstraites.

Ainsi que l'a fait remarquer Danz, si l'interprétation de la loi par le juge consistait, pour ce dernier, à faire la recherche et la preuve de la vérité historique quant à la volonté du législateur, comme cette recherche est 1° aléatoire et incertaine dans ses résultats ; 2° n'est possible qu'à très peu de gens ; la loi serait, en

même temps qu'un danger de surprises et de pièges pour tous, une menace perpétuelle pour tous les intérêts privés. L'application de la loi doit donc être celle qui est conforme à son but, à son sens normal et intelligible pour les gens de bon sens, de culture et d'intelligence moyennes, au moment où l'interprétation en est demandée ; bref, l'interprétation doit être faite uniquement dans le présent et en considération des conditions sociales où se trouvent les intéressés. Mais pourquoi en serait-il autrement de l'appréciation de l'acte privé, document destiné à faire la loi des particuliers ? Pourquoi donc, alors que, pour la loi, il ne s'agit pas d'une question de fait et de preuve, mais « d'une mise au point par rapport aux conditions sociales qui lui servent de milieu d'application », pourquoi, dis-je, en serait-il autrement de l'acte privé, et pourquoi devrait-on rechercher, au lieu du sens normal des déclarations qui composent l'acte, quelles ont pu être les volontés qui en sont le substrat ? De même que la loi et au même titre qu'elle, l'acte privé est émané de la volonté psychologique de ses auteurs ; mais, de même qu'elle encore il est devenu un fait social indépendant destiné à régler les intérêts en cause, et il doit s'interpréter comme ces intérêts l'exigent en tenant compte des usages, des nécessités de crédit et des lois de l'équité.

Seulement, la loi est faite pour l'avenir, et constitue par conséquent un organisme permanent qui, comme tout organisme, progresse et se transforme ; c'est pourquoi nous avons admis que ce serait aller contre son but que d'en ramener l'interprétation à ses origines premières. Au contraire, l'acte privé vise à réglementer des intérêts comme les parties en cause l'ont voulu au moment où elles l'ont passé : c'est donc, en général et dans toute la mesure du possible, au moment pour lequel il réglemente, ou en considération duquel il réglemente qu'il faut se placer pour l'interpréter (à moins que les parties n'aient laissé au juge le soin d'une adaptation future). Mais c'est là à nos yeux une mince différence, et il n'en résulte pas qu'on doive substituer la volonté interne à la déclaration : cela serait contraire et au système de la déclaration et à la législation allemande sur ce point, qui ne donne à l'interprétation du juge d'autre domaine que les faits juridiques, puisque la théorie des actes juridiques du nouveau Code allemand a cessé d'être « une psychologie juridique pour devenir une forme juridique de la psychologie ». (Saleilles, *ibid.*)

Est-ce à dire pour cela qu'il ne faille pas prendre en considération la volonté réelle ? Ce serait tomber dans l'excès contraire : il faut chercher, dans cette volonté et dans les faits apparents qui l'ont révélée, le sens et le principal

élément d'appréciation du contrat ; car si, pour des raisons de crédit social, on lie le déclarant à l'interprétation objective de sa parole, cette atteinte à son intérêt [qui consisterait à n'être tenu que conformément à sa volonté réelle] a pour limite l'intérêt du destinataire, et cet intérêt n'exige qu'une chose : qu'on ne lui impose pas une interprétation dont il n'avait pas même pu se douter. Mais il y a loin de cela à l'interprétation qui consisterait à s'en tenir au sens purement verbal et littéral des déclarations. Autrement dit, si la bonne foi et l'intérêt social imposent au déclarant l'obligation d'être lié par sa parole, ils imposent réciproquement au destinataire le devoir de rechercher quelle a été exactement la parole donnée, et, par suite, il devra être tenu compte de tous les faits concomitants à la déclaration que le récepteur a pu ou a dû connaître. Et l'on voit que de la sorte le système allemand sur l'interprétation de la déclaration laisse encore une place assez large à la recherche de volonté subjective. (Nous verrons pourquoi, en matière de contrat, il y a lieu de la restreindre.)

De ce qui précède, nous pourrions donc déduire les règles suivantes :

I. — L'interprète pourra se servir des éléments d'appréciation que nous avons mentionnés précédemment pour déterminer quel a été exactement le sens de la volition finale,

c'est-à-dire de ce que le déclarant a déclaré ; mais il ne pourra pas reconstituer ce qu'il aurait voulu déclarer conformément à ses intentions et à ses volitions antérieures : il est lié par les termes de la déclaration, et, s'il peut les préciser et les compléter, il ne peut pas les changer. S'il y a erreur démontrée, il appartiendra au déclarant de revenir sur sa déclaration, si cela est possible ; mais le juge, eût-il la preuve que, par suite d'un simple lapsus, le déclarant a écrit A pour B, ne peut substituer B à A. (Cf. Kipp sur Windscheid, 1, p. 339.)

II. — L'interprétation d'une déclaration n'est pas autre chose que la traduction d'un texte. Le juge, le traducteur, ne peut rien changer au texte, mais encore doit-il le traduire en s'entourant de tous les renseignements possibles sur les événements concomitants ; car, de même que le contexte sert à éclairer le traducteur sur le sens d'une phrase difficile, de même le sens d'une déclaration se déduit autant des circonstances ambiantes que des termes employés par le déclarant.

D'autre part, le sens adopté devra toujours être celui qu'aurait compris un homme sensé et au courant des usages, eu égard aux circonstances, et plus spécialement en matière de contrats (art. 157), on devra le supposer à la place du destinataire et dans les conditions où il se trouvait ; car nous

n'avons plus ici la liberté que laisse, en matière de déclarations purement unilatérales, l'art. 119 du Code civil allemand.

Ceci nous conduit naturellement à examiner quelles règles devra suivre l'interprétation des déclarations quand elles sont considérées, non plus isolément, comme nous l'avons fait précédemment, mais comme éléments de la formation d'un contrat.

INTERPRÉTATION DES DÉCLARATIONS CONTRACTUELLES DANS LE CONTRAT

Nous avons dit précédemment que le juge doit, pour interpréter les déclarations de volonté, s'attacher à incarner un personnage fictif, sage, diligent, prudent, au courant des usages, des lois et des faits, et nous avons dit que, tandis que le sens de la déclaration unilatérale est celui que ce personnage lui aurait donné dans les conditions où se trouve le magistrat, le sens de la déclaration contractuelle est celui que lui aurait donné ce personnage *dans les conditions où se trouvait placé le destinataire*.

De telle sorte que les cas d'annulation pour erreur d'une déclaration contractuelle se trouvent par cette règle considérablement raréfiés. Si le rapprochement des deux déclarations révèle un

désaccord, il n'y aura en effet pas lieu à annulation, il y aura simplement lieu de reconnaître le néant de l'apparence de contrat ainsi formée; mais, si, au contraire, les deux volontés concordent et coïncident, on ne pourra pas s'appointer à prouver que les volontés apparemment concourantes n'ont en réalité correspondu à aucune volition interne de ce genre, à moins que l'une d'elles ou toutes les deux ne se présentent dans des conditions telles, que l'attention de son récepteur eût dû être excitée; auquel cas, bien entendu, il ne pourra arguer d'une erreur invincible pour exiger que son cocontractant demeure lié à sa déclaration. Mais ces hypothèses seront nécessairement rares.

Mais il y a plus : non seulement le déclarant est lié au sens de sa déclaration, tel qu'il aurait pu être compris par le personnage fictif que nous avons décrit qui l'aurait reçue à la place du destinataire, mais encore il pourrase trouver, par suite de l'application de l'article 157 du Code allemand, soumis aux conséquences des modifications que le juge pourra apporter au contrat par suite de considérations d'équité et de bonne foi. Stammler disait que, dans les contrats, l'idée de derrière la tête de chacune des deux parties étant presque toujours malhonnête. Le juge avait en réalité, par suite de l'article 157,

le pouvoir de refaire le contrat ¹ et il était, d'ailleurs, de cet avis que, si la volonté vraie est contraire à la bonne foi et aux usages il faut lui substituer une interprétation plus loyale et plus conforme aux exigences du crédit. Mais alors, ce n'est pas là de l'interprétation, c'est de la réglementation ; aussi n'irons-nous pas aussi loin que Stammler, et ne permettrons nous pas au juge de refaire le contrat à l'encontre de ce qui a été voulu par les parties, car rien ne serait plus contraire à la bonne foi et aux usages. (Si leur volonté est malhonnête ou illicite, il ne doit pas refaire, mais annuler.) Seulement, la vérité est que le juge, au cas des divergences dans l'intention des parties, doit adopter une interprétation moyenne objective qui soit celle à laquelle chacune des parties a pu et dû s'attendre d'après la volonté de l'autre normalement interprétée, (Stammler, *loc. cit.*, p. 36 et s.), et cela, parce qu'en matière de contrat, chacune des deux volontés ne peut s'interpréter isolément et unilatéralement. Le contrat est fait pour créer une volonté *commune*, donc *moyenne*, et par suite identique : faire pencher la balance du côté de l'offrant ou du côté de l'acceptant, c'est avantager indûment l'une des parties. « Le juge doit

1. Art. 157 Code allemand, traduction Meulenaëre, cit.

Les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la bonne foi et l'intention des parties, déterminées d'après les usages.

donc se former un idéal de caractère objectif d'après lequel il appréciera, conformément aux circonstances personnelles des parties, ce que devait être le contrat pour répondre au but social du droit (Stammler, chez Saleilles, *loc. cit.*); et c'est d'après cet idéal qu'il inclinera ou orientera *ce qu'il peut y avoir de douteux* dans la volonté des parties. La volonté contractuelle est ce qu'il y a d'identique et de commun dans les déclarations unilatérales des parties, ce qu'il y a ou ce qu'il *doit* y avoir car, bien évidemment, on s'exposera à construire une volonté contractuelle qui ne soit celle d'aucune des parties, mais bien une simple fiction juridique. Seulement, cela ne vaut-il pas mieux, à tout prendre, puisque cette volonté juridique est celle qui aurait dû s'imposer pour les deux parties conformément à la bonne foi et aux usages? « Le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit, mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques ; aussi, est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué. » (Saleilles, *op. cit.*)¹.

1 Seulement, cela n'est vrai que des contrats où les forces des parties ont été égales, où il y a eu ou pu y avoir un libre débat :

En résumé, le système du Code allemand est le suivant : dans les contrats, mais dans les contrats seulement (sauf peut-être une légère exception pour ceux des actes unilatéraux, de nature à durer un certain temps et à faire naître des difficultés que les parties n'ont pu prévoir).

Il faudra dégager une volonté moyenne objective et, par suite, indépendante de celles des parties ; non seulement (car cela est admis par tous les auteurs) lorsqu'il est certain que les parties n'ont arrêté que les clauses principales de leur convention, laissant le reste à l'appréciation judiciaire, ayant simplement convenu que le contrat devait être considéré comme d'ores et déjà formé ; mais encore toutes les fois que les parties n'auront pas fait porter sur le point envisagé l'effort et le concours de leurs volontés (ou qu'elles ne pourront pas en rapporter la preuve si elles l'ont fait, ce qui revient au même)

il n'en sera pas ainsi, par exemple, dans ce que l'on appelle, faute de meilleur terme, les contrats d'adhésion, où une seule volonté unilatérale crée et promulgue un engagement, en quelque sorte sur elle-même, sauf aux membres intéressés de la collectivité indéterminée à qui elle s'adresse à s'en emparer. (Contrats de travail dans la grande industrie, de transports par chemin de fer, etc.) Tous ces contrats ont un caractère général qui avait déjà été entrevu par les Romains, qui les appelaient *lex*. Et, en effet, leur interprétation devra se faire comme celle des lois, en tenant beaucoup moins compte de ce qu'a pu croire et vouloir l'acceptant que de ce qu'il faut que ces chartes générales soient dans l'intérêt de la collectivité, dont elles modifient les conditions de vie économique et sociale (au moins en ce qui concerne les individus).

ou plus brièvement, dès lors, et aussi longtemps qu'il ne résultera ni explicitement ni implicitement de leurs déclarations qu'elles ont prévu et tranché la difficulté.

Cette théorie, déduite du Code civil allemand par voie d'interprétation par M. Saleilles, si elle peut paraître à peine suffisante à des esprits qui, comme Schlossmann (*Die Lehre von der Stellvertretung*, 1900, p. 95 et s. et p. 98, note 1), reprochent au Code allemand d'avoir, en général, fait une part trop grande au système de la volonté¹, est au contraire vivement combattue par les partisans de la volonté, et notamment, par M. Meynial (*op. cit.*). Bien évidemment, dit-il, le Code civil allemand n'est pas allé aussi loin que le veulent certains auteurs, selon lesquels la déclaration, une fois jetée dans le courant de la vie juridique, est devenue un fait social et d'intérêt collectif. A ceux-là le contrat n'apparaît plus seulement sous la couleur essentiellement égoïste qu'on lui donnait autrefois, il est (pour eux) une manifestation individuelle de l'activité collective, un événement où le souci de l'intérêt général se trouve accidentellement confié à tel ou tel qui en est comme le porte-drapeau et l'agent. « La mission du juge sera dès lors, de contribuer à faire ressortir ce caractère collectif de l'acte en

1. Critique à laquelle, sans aller aussi loin que cet auteur, nous nous associons, pour notre part, sur d'autres points.

maintenant l'égalité sociale, que le contrat (par la supériorité d'habileté de l'une des parties) pourrait altérer. [Cela concorde avec les théories qui dissolvent l'individu dans la collectivité pour n'en faire plus qu'une cellule inerte.] « Voilà le terme même de ce progrès, qui aboutit chez quelques-uns à la suppression même du contrat, exigeant qu'au moment de la passation, les clauses en soient soumises à une revision dans le sens que peuvent réclamer l'équité et la justice. ».

Si M. Saleilles n'a pas adopté ces théories, si le juge ne joue, dans son système, vis-à-vis de la volonté des parties, que le rôle que joue le législateur avec cette seule différence que le législateur, prévoit les cas généraux et que le juge est l'arbitre des cas particuliers, encore est-il qu'il devra user de son pouvoir comme le fait le législateur, lorsqu'il édicte des règles interprétatives, qu'il devra infléchir et diriger l'initiative individuelle vers les fins qui lui paraissent les plus conformes à l'utilité sociale : qu'il est le législateur des espèces concrètes.

Mais là ne se borne pas l'analogie du rôle du juge avec celui du législateur ; car, avec le système de la déclaration de volonté, qui écarte la notion de cause et laisse au juge un pouvoir presque discrétionnaire pour apprécier les cas d'illicéité des conventions, comme le juge pourra

s'inspirer, pour déclarer illicites les actes qui les violent, de la moyenne des usages des honnêtes gens et même des idées qu'il juge opportun de faire prévaloir au point de vue social, il se trouvera, par le fait, investi indirectement du droit de prohiber et d'annuler que seul le législateur avait eu jusqu'ici.....

Évidemment, cette notion du rôle du juge est loin de celle admise par le droit français, où il est seulement chargé de dégager et de refléter la volonté du déclarant organisée comme le déclarant l'a voulu. Nous verrons ce qu'il faut penser, en fait, de la manière dont cette idée est appliquée ; mais, en tout cas, au point de vue rationnel, M. Meynial s'élève avec vigueur contre l'assimilation faite par le Code allemand du juge et du législateur. Il y a, selon lui, entre la loi et le contrat, des antinomies saisissantes : la loi est l'œuvre de la conscience sociale, qui, étant collective, nous est commune comme aux autres et plus encore au magistrat, qui, étant plus éclairé, en a une notion plus complète. Il n'y a donc pas d'inconvénient à laisser au magistrat une certaine indépendance dans l'interprétation de la loi ¹ ; il

1. Et cette indépendance, M. Meynial le reconnaît, est nécessaire ; car, si l'on n'accorde pas à la loi un moyen de se prêter à l'évolution de la conscience sociale, au lieu d'être un recours pour l'activité juridique individuelle, on en fait un piège pour cette activité. Ainsi donc, le juge, même avec l'arbitraire qui pourra résulter de l'étendue de ses pouvoirs dans ce but, aura dans

en est différemment du contrat, qui n'est que la traduction d'un intérêt purement individuel dont la partie qui doit en tirer profit seule a le souci et même la compréhension adéquate. La loi est générale, le contrat est spécial ; la loi est ou doit être équitable, et tout l'effort de l'interprète devrait tendre à la rendre telle, si elle ne l'était pas ; le contrat est, au contraire, un instrument d'inégalité, de l'égoïsme, du « chacun pour soi », de la création des différences sociales : faire supporter au contrat le poids des modifications qu'imposent les intérêts de la collectivité, c'est justement lui faire faire ce qu'il avait pour but d'éviter à son auteur. Enfin, la loi évolue sans cesse, elle est successive et doit se plier à la conscience juridique du moment ; mais précisément le contrat doit être immuable, car il est fait pour s'assurer de l'avenir pour écarter de soi les contingences, parmi lesquelles figure précisément cette évolution de la conscience juridique. Il est de toute nécessité que le règlement établi dans le passé reste immuable dans l'avenir, pour lequel il est fait ; sans cela, il faut en arriver à cette solution de certains auteurs allemands trop logiques : l'appréciation du contrat au moment de son exécution (ce qui est conforme à

ce sens une œuvre utile à remplir, d'autant plus que de nos jours, tandis que la coutume est inerte, la jurisprudence est active et éclairée.

l'assimilation qu'ils veulent faire du contrat avec la loi).

Telles sont les considérations théoriques que fait valoir M. Meynial ; il ajoute qu'en fait : « Demander à un homme, outre un sentiment exact et affiné de l'ordre public, de la mesure où le progrès vers le mieux est possible sans soulever l'opinion une appréciation exacte et équitable d'intérêts privés en conflit, et ne pas le lier par la volonté précise des parties, qui est pour lui une protection contre les accusations malveillantes autant qu'une entrave... je crains que ce ne soit là une utopie... en un moment où il subsiste peu de principes communs, et où les préjugés de classes sont plus violents. Sans doute, si le système allemand et M. Saleilles permettent au juge d'aller au delà du contrat, c'est pour mieux réaliser... la volonté intime de l'agent. Mais lui sera-t-il toujours possible de s'arrêter à cette volonté profonde et de s'y tenir, et, en tout cas, croira-t-on jamais qu'il s'y tient ? Comment demander au juge de refaire le contrat, de faire bénéficier les parties de son activité et de ses connaissances, sans l'autoriser à se payer en quelque sorte de sa peine par un contrôle sur le contrat lui-même, par une atténuation ou une suppression (qu'on estime d'ailleurs légitime) des clauses de pur intérêt égoïste, par une intervention d'une pitié ou d'une équité que les

parties n'ont pas toujours voulue ? Au fond, cela mène à refaire le contrat. Et rien ne prouve que, dans cette œuvre laissée à son pur arbitraire, le juge aura l'autorité qu'il faut pour imposer la solution qu'il choisit et mettre la paix entre les adversaires. » (Meynial, p. 370, *ibid.*) Et l'auteur ajoute qu'en admettant même qu'il fasse cette paix, elle ne vaudra jamais celle que les deux adversaires eussent faite après avoir essayé leurs forces (quitte à l'initiative privée à porter secours au plus faible), et qu'il faut craindre qu'elle ne mène qu'à l'inertie juridique et à l'affaiblissement de l'activité et de l'initiative juridiques, ce qui ne peut être un bien pour la société.

Nous avons déjà formulé lors de la discussion, du système de la « déclaration » au point de vue rationnel, les critiques de M. Meynial et des partisans de la théorie de la volonté ; nous les avons discutées et nous ne les croyons pas plus justes adressées maintenant au système du droit allemand positif.

M. Meynial le reconnaît lui-même, les reproches qu'il adresse à M. Saleilles et au droit germanique constituent surtout un procès de tendances ; car le système du Code allemand, dans ses conséquences logiques les plus extrêmes, ne conduit aucunement (si on ne fait pas intervenir d'autres idées que celles qu'il admet) à

donner au juge le pouvoir de *refaire* à son gré le contrat.

Ce qu'il lui permet, en réalité, c'est de compléter le contrat auquel il manque quelque chose, et de le faire sans employer les moyens hypocrites du juge qui applique le système de la coexistence des volontés ¹. Car, nous l'avons dit et nous le répétons, dans l'immense majorité des cas, non seulement il n'y aura pas eu de volonté commune parce que les points en litige n'auront pas été prévus, mais encore il est absurde, eu égard aux intérêts en conflit, de supposer qu'il eût pu y en avoir une, si les parties avaient prévu le débat. Et alors, comme il faudra bien que les points *devenus* litigieux soient tranchés, quel que soit le système que l'on ait adopté, *a priori*, le juge, dans presque tous les

1. D'ailleurs, *a priori*, rien n'empêche les parties de faire de leur plein gré tous les actes qui leur plairait (s'ils ne sont pas délictueux), et tant qu'elles seront d'accord; le juge, qui ne se saisit pas d'office, n'aura pas à se mêler de refaire leurs contrats. Si donc il intervient, c'est qu'on a sollicité son intervention, soit que les deux parties soient allées porter leur querelle devant lui, soit que l'une y ait entraîné l'autre, en vertu de l'engagement qu'elle avait contracté (de se soumettre à cette juridiction), en consentant à un acte *juridique*. Mais, si le magistrat intervient, et s'il intervient comme dispensateur de la force sociale, dont il est l'agent (car ce n'est pas à M. tel ou tel, mais à celui qui peut mettre en mouvement la force publique, que les plaideurs s'adressent), pourquoi s'étonner de voir cet agent de la société (qui ne sanctionne les intérêts privés que dans son intérêt propre), agir de la façon qu'il juge profitable au pouvoir qui lui a confié son mandat et son autorité. Il n'y a là rien, nous semble-t-il, que de très logique et de très rationnel.

cas, statuera d'après ses idées propres; seulement, dans un système, il décorera sa solution du nom de commune intention des parties, et dans l'autre, il la dira imposée par les usages et l'équité. De telle sorte que le système allemand (qui est, en somme, le système de la déclaration) aboutit à laisser, *en fait*, au magistrat *moins* de liberté que le système de la coexistence des volontés. Dans un cas, en effet, il est moralement responsable de sa décision, et dans l'autre, il ne l'est pas. Si faible que soit le frein de cette idée de responsabilité morale, ne vaut-il pas mieux l'imposer au juge que de lui laisser le masque de la recherche d'une volonté fictive pour couvrir son arbitraire? Il y a plus! nous verrons que si, comme nous le prétendons, le juge français décide, en fait, d'après *ses* conceptions propres de la justice et de l'équité, le juge allemand *ne le peut pas*, forcé qu'il est de rechercher, pour s'y soumettre quelle est, sur la question, l'opinion de la conscience juridique de la société qui lui a confié sa mission. Mais il ne faudrait d'ailleurs pas croire que le Code allemand permette au juge, en présence de deux déclarations précises, claires, nettes et concordantes, de corriger, de modifier le contrat licite qui en résulte. Son rôle peut être supplétif ou interprétatif, mais cela suppose une déclaration incomplète ou ambiguë; il ne peut pas être modificatif, si le sens normal

objectif de l'accord des déclarations est clair, évident et licite. On a bien dit qu'avec la théorie nouvelle du droit allemand sur la licéité du but, le juge avait à cet égard un pouvoir discrétionnaire : nous verrons, quand nous examinerons cette théorie de la nullité pour illicéité en droit allemand, qu'elle n'aboutit pas à cela ; que, si elle permet au juge de détruire, elle ne lui permet pas de *remplacer* les *éléments* des contrats, et que, même lorsqu'il prononce la nullité, son activité est subordonnée à certaines règles qui la tiennent fort loin de l'arbitraire.

Quant à l'objection formulée par M. Meynial (*op. cit.*) que les règles bonnes pour l'interprétation des lois (il admet les théories qui repoussent, en cette matière, la recherche de la volonté subjective des législateurs) ne le sont nullement pour l'interprétation des contrats, nous ne la croyons pas exacte. La loi, il le reconnaît, est un organisme évolutif, et doit être interprétée d'après des règles qui se plient à cette évolution ; le contrat, au contraire, affirme-t-il, doit être inévolutif, parce qu'il est fait pour sauvegarder les particuliers contre l'évolution des idées : les règles de l'interprétation légale ne sauraient donc lui convenir. On ne saurait nier qu'en général, ceux qui ont fait un contrat ont entendu que leur volonté se réalisât *in forma specifica* dans l'avenir ; mais ceux qui font une loi n'ont-ils pas, en

général, de leur œuvre la même idée? entendent-ils faire quelque chose de vague, d'imprécis, d'adaptable par les agents d'application aux nécessités contingentes de l'avenir? Demandez aux membres du Parlement d'un pays quelconque doué de ce système législatif s'ils ont entendu ou non que leurs lois réglassent à l'avenir les phénomènes envisagés de la façon qu'ils veulent et prévoient au moment où ils la rédigent.... Je crois que nous connaissons d'avance la réponse. Cela empêchera-t-il les jurisconsultes de proclamer, et avec raison, que la volonté du législateur ne doit être prise en considération qu'après le *sens normal actuel* de sa *déclaration*. L'argument tiré de la volonté du déclarant ne saurait donc nous empêcher de dire qu'à un moindre degré ¹, le contrat doit être traité de même que la loi, et que le changement dans les idées doit amener un changement correspondant dans l'interprétation des conventions. Soutiendra-t-on qu'un contrat jadis licite doive être exécuté de nos jours si, les idées modernes différant de celles admises lors de la passation du contrat, le fait promis est devenu manifestement illicite (soit, par exemple, une vente d'esclaves)?

Nous ne croyons, d'ailleurs, pas qu'on

1. Parce que son application a généralement une moins longue échéance.

puisse résister à l'évolution des idées : qu'ils le veuillent ou qu'ils ne le veuillent pas, les magistrats, malgré les plus minutieuses recherches de la volonté historique des parties, jugeront le contrat fait dans le passé avec leurs idées du présent ; pourquoi alors, ne pas se soumettre aux forces irrésistibles de l'évolution sociale, tout en cherchant à la diriger ce qui n'est pas antinomique, puisque « nature is only subdued by obedience to her laws », comme nous l'avons dit. Ce n'est pas parce qu'un contrat est aujourd'hui considéré comme licite et bon qu'il devra être exécuté demain à la lettre, si la notion de la justice et de l'honnêteté en la matière ont évolué, mais ce qui est vrai aujourd'hui et le sera probablement encore demain, c'est que l'intérêt de la société commande au juge de s'inspirer dans ses décisions des besoins du crédit. L'un de ces besoins les plus certains, à l'heure actuelle, est que les particuliers puissent espérer voir leur volonté se réaliser avec une certitude suffisante : c'est de cette nécessité économique que résultera pour le juge d'une façon générale l'obligation stricte de faire produire effet à la volonté des contractants dans la mesure où il pourra la connaître : non pas qu'il soit lié par leurs volontés subjectives, mais parce qu'il est lié par l'intérêt public, et que le respect des volontés privées dans les conventions apparaît comme un intérêt social de premier ordre.

De même que si la recherche de la volonté du législateur ne s'impose pas à l'interprète comme règle d'application, encore lui est-elle nécessaire pour éclairer le texte et en comprendre les raisons historiques, ce qui est, en général, indispensable puisque, le plus souvent, « cessante ratione legis cessat ejus dispositio »; de même, la recherche de la volonté des parties, dans la mesure où elle sera possible, lui servira à peser les raisons de sa décision et, sans le lui dicter, éclairera son jugement. De ce que le juge ne sera pas lié par la découverte de ces volontés dans le cas où elle sera possible, de ce qu'il pourra régler, d'après l'équité et les usages du moment, les points sur lesquels le contrat n'aura pas porté, de ce qu'il peut même refuser de faire exécuter comme illicites des conventions ou des parties de conventions que les parties ont cru licites et qui, même, l'étaient au moment où elles ont agi : doit-on en conclure qu'il ait le droit de refaire le contrat au gré de ses fantaisies, des idées ou de l'idéal social qui lui sont propres ? cela serait, croyons-nous, hardi et d'une logique tout au moins discutable.

Nous allons, d'ailleurs, voir quel est son domaine en cette matière, en exposant brièvement les pouvoirs que lui a conférés le droit allemand vis-à-vis des déclarations illicites. Nous avons vu qu'il peut compléter ce qui est incomplet, et

suppléer à ce qui manque : nous allons le voir détruire ce qui est malhonnête ou illicite ; mais nous ne le verrons nulle part détruire la déclaration ou la convention licite ou illicite pour la remplacer par quoi que ce soit,

DES CAS OU LA DÉCLARATION CORRESPONDANTE A LA
VOLONTÉ DU DÉCLARANT EST DESTITUÉE D'EFFETS
JURIDIQUES.

De l'illicéité.

Nous avons dit que le juge avait, par son pouvoir d'interprétation, pour fonction de suppléer dans les actes privés à l'inexpérience des individus en complétant les actes passés par eux dans le sens le plus conforme au but économique qu'ils avaient en vue.

Mais le magistrat est aussi et *surtout* le gardien des intérêts généraux et de la moralité publique : la loi étant trop générale, c'est à lui qu'il appartient, pour les cas concrets, de réprimer les tentatives de ceux qui cherchent à satisfaire leur intérêt privé, non seulement sans se préoccuper de l'intérêt général (ce qui, à la rigueur, est tolérable), mais encore au détriment d'icelui, ce qui ne l'est pas (c. f. Endemann § 103, p. 433. Hackenbourg : das B. G. B. für das deutsche Reich, p. 98-99.)

C'est pourquoi le code civil allemand a édicté la règle de l'article 138 : « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul ¹.

Seulement, le législateur allemand a voulu éviter le danger que nous signalions tout à l'heure, à savoir, de donner au juge un pouvoir discrétionnaire, et il s'est attaché à lui imposer des critères d'appréciation purement objectifs qui soient une garantie pour les relations privées et pour le crédit; « desideratum » auquel le droit français avait cherché à satisfaire avec le moyen grossier et rudimentaire de la théorie de la « cause ». Mais ce système jurait avec l'ensemble du droit français, qui avait adopté le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, puisque la libre initiative des parties ne pouvait modifier à sa guise le contenu des actes juridiques qui, en partie du moins, était prédéterminé par la loi.

L'obligation, en effet, dans le droit français ne peut être séparée de son but économique

1. Même article, suite, dans Saleilles, *op. cit.* : « Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit d'un autre, tire profit de sa situation en ce que celui-ci lui promette ou lui assure (de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite, des avantages, de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie de telle façon, qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient, par rapport à cette prestation, dans une disproportion choquante. » Cf. Civ. fr., art. 6-1133.

immédiat, de sa cause finale la plus prochaine, l'obligation abstraite ne se conçoit pas, de telle sorte que le juge a toujours le droit, et de rechercher la cause d'une obligation se présentant sous la forme abstraite (même dans les actes quasi solennels il faut une cause : dans la lettre de change la mention valeur en :.... de même dans les billets à ordre, etc.), et de rétablir la cause d'un acte ostensiblement causé à tort.

Il a ce pouvoir, parce que la cause d'une obligation est invariable en droit français, et que le but direct, le but immédiat de l'obligation rentre *nécessairement* dans le contenu de l'acte, de telle sorte que, par voie de conséquence (art. 1131 code civil français), l'absence, l'erreur ou l'immoralité de cette cause rendent le contrat, non pas seulement annulable mais absolument nul. [Par conséquent, en droit français, l'obligation pas plus que l'aliénation n'est possible à l'état abstrait.] Mais, réciproquement, le pouvoir du juge en est étroitement limité, et l'indication même dans l'acte d'un motif impulsif essentiel déshonnête ne pourra être par lui prise en considération pour lui faire prononcer la nullité ¹ (soit, par ex., une vente où il serait dit que l'acheteur acquiert un immeuble pour en faire

1. Aussi longtemps, bien entendu, qu'il ne sera pas devenu une clause sur laquelle aurait porté le consentement des parties.

une usine à fausse monnaie, ou une ⁴ usine pour la fermer et affamer ainsi une certaine catégorie d'ouvriers.)

Le législateur allemand a envisagé les choses et les a traitées différemment; ce système de la déclaration, que l'on prétend contraire à la liberté des parties, a abouti chez lui à laisser à l'initiative privée le droit de composer à sa guise le contenu de l'acte. La volonté déclarée, la volonté formelle (par opposition à la volonté réelle interne) étant seule pourvue d'effets juridiques, le contenu de l'obligation ou du droit sera limité à son contenu formel, à ce qui aura été déclaré, et réciproquement, tout ce qu'on aura fait rentrer dans la déclaration aura la valeur de la cause en droit français : « Tout ce qui est introduit par les parties dans la déclaration est cause, et tout ce qui en est exclu est motif. » (Saleilles, p. 256, *op. cit.*) De telle sorte que, dans la terminologie allemande, la distinction entre la cause et le motif a disparu, et il ne reste plus que celle entre ce qui est et ce qui n'est pas compris dans le contenu dans la déclaration.

Est-ce à dire que, pour cela, une obligation abstraite devra nécessairement être exécutée dans

4. La cause, en droit français, a une grande importance, et les motifs, aucune. Y a-t-il donc entre elle et eux une différence qualitative, une différence spécifique? Nullement, il n'y a qu'une différence quantitative; la cause n'est que le motif le plus immédiat !!

les cas où le droit français l'annulerait pour défaut de cause ? Il faut distinguer : en Allemagne, comme provision est due à l'apparence, l'obligation devra être exécutée, mais les règles relatives à l'enrichissement sans cause viendront en annihiler l'effet. Seulement, l'effet en sera personnel au lieu d'être réel comme celui d'une nullité ¹. Si, dans les mêmes conditions, on découvre l'illicéité de la cause, quelles en seront les conséquences ?

L'illicéité

De deux choses l'une : ou l'illicéité se révélera dans le contenu même de l'acte ou, au contraire, elle ne ressortira que de recherches extérieures à ce contenu.

La logique du système de la déclaration paraît exiger que la recherche de l'élément illicite soit strictement limitée au contenu de la déclaration ; mais il en résulterait qu'une promesse, ou une aliénation abstraites ne pourraient jamais être annulées comme illicites ², et si, d'autre part, après

1. Nous avons vu précédemment (annulabilité) les conséquences d'une erreur sur les motifs insérés au contenu de la déclaration.

2. Ce système, d'après lequel le juge ne pourrait jamais chercher hors du contenu formel de l'acte, la base d'une annulation pour cause illicite, ne se confond nullement avec le système français de la cause ; car, nous avons vu que la cause en droit français et le contenu de la déclaration en Allemagne sont deux choses très différentes.

avoir déterminé de la sorte l'élément sur lequel doit porter l'illicéité, on fixe en outre, comme l'avait fait le 1^{er} projet du Code allemand, des critères objectifs d'appréciation de l'illicéité [le Code allemand, 1^{er} projet, exigeait 1^o atteinte aux bonnes mœurs, 2^o atteinte à l'ordre public], on ouvre la porte à toutes les fraudes. La vue de cet écueil jeta les auteurs du Code définitif dans une violente réaction ; aussi, comme ils ne voulaient pas ressusciter le système français de la cause et juxtaposer au contenu formel de l'acte un contenu réel fictif déterminé a priori par la loi : ils adoptèrent une solution qui laisse, en apparence, au juge, la plus grande latitude : celle de l'article 138.

Mais il ne faudrait pas croire que la volonté réelle pourra être tout entière scrutée par le juge et que l'illicéité pourra être par lui appréciée d'une façon purement subjective (comme en droit pénal, où la criminalité de l'acte est envisagée non seulement dans son but final, mais aussi dans ses motifs individuels), car un tel système serait désastreux pour la sécurité des relations commerciales. Si donc on veut faire produire à l'illicéité un effet réel (ie. l'annulation), il faudra non seulement qu'elle soit connue des deux parties [car on ne pourrait annuler une vente, parce que l'un d'eux, le vendeur ou l'acheteur avaient en faisant l'acte, un motif inavouable], mais encore

que cette illicéité soit déterminée à l'aide d'un critérium d'appréciation objectif. Et, si le Code allemand n'a pas édicté ce critérium d'une façon expresse, c'est, sans doute, pour pouvoir atteindre les promesses et les aliénations abstraites ; car, pour annuler de tels actes pour illicéité, il fallait bien aller la chercher dans leurs motifs puisqu'ils ne sont pas causés, et que d'ailleurs la théorie de la cause est rejetée par le droit allemand. Mais, pour les actes bilatéraux, la sécurité du crédit exigeait un critérium objectif simple et à la portée de tous.

Quel sera ce critérium ? Il est évident, a priori, qu'il ne doit pas être une pure conception dogmatique et abstraite, mais bien au contraire un critérium pratique, tiré des usages commerciaux en matière de moralité juridique : *un idéal de moralité actuelle*. (Saleilles *op. cit.*)

Ainsi, dans les contrats bilatéraux, où il est d'usage de rattacher l'obligation à la contre-prestation correspondante qui en apparaît généralement comme le but immédiat, on pourra observer cette manière de faire. Il ne faudrait pas voir là une résurrection de la théorie de la cause, car ce critère objectif, au lieu d'être dogmatique, a toute la plasticité et toute la souplesse d'une simple constatation d'usages, d'un idéal de moralité sociale en matière d'usages économiques ; c'est pourquoi les motifs eux-

mêmes, à la condition de n'être pas des motifs purement internes, pourront rentrer dans l'appréciation de nullité pour illicité. Mais la nullité d'un acte civil N'EST PAS UNE PEINE : *c'est un refus par le législateur de mettre les forces sociales en mouvement pour assurer l'exécution d'un acte que la moralité générale réprouve*, rien de plus. De telle sorte que le juge n'a rien à se demander autre chose que si la moralité générale peut être lésée ; et, comme elle ne peut l'être par les motifs internes de l'acte aussi longtemps qu'ils ne sont pas révélés soit par une déclaration formelle, soit par le fait qu'ils résultent nécessairement de faits perceptibles à l'opinion publique, tel que le but évident de l'acte, il n'a pas à se livrer à une recherche psychologique pour les connaître et en faire état¹. L'acte est apprécié tel qu'il apparaît dans la vie économique et sociale, et, suivant qu'il choquera

1. SALEILLES, *ibid.* Le juge ne pourra pas tenir compte des motifs « qui ne se révéleraient pas, au moins par une manifestation extérieure de la volonté téléologique de l'auteur de la déclaration. Il importe de faire observer, une fois de plus, que nous ne sommes pas en matière pénale. En cette matière, pour le juge qui veut peser au plus juste la responsabilité de l'agent (là où l'on admet encore que la responsabilité soit susceptible de dosage juridique) ; mais, tout au moins, là où il s'agit de connaître à fond le tempérament et la nature du délinquant, pour lui appliquer une peine strictement individualisée, il faut entrer aussi avant que possible dans ce qui forme le fond de la nature morale et psychologique ; et il faut, par suite, pénétrer le mobile du délit. Tel n'est pas le rôle du juge en matière civile... »

ou non l'idéal moyen dont nous avons parlé, il devra ou non être l'objet d'un refus de sanction, c'est-à-dire annulé. Autrement dit, le juge n'aura à se préoccuper des intentions psychologiques des parties que *dans les cas*, et *dans la mesure* où les usages les prennent en considération.

Que si donc les bonnes mœurs permettent au juge du Code civil allemand d'aller s'enquérir des motifs honteux d'une donation pour l'annuler, tandis qu'il ne peut le faire avec la théorie française de la cause (où la cause de la donation est toujours l'intention libérale), parce qu'il s'agit là d'un contrat unilatéral ; au contraire, on doit admettre qu'en matière de contrats libéraux elles permettent aux parties, par suite des nécessités de crédit, de ne pas s'inquiéter (et, par suite, de n'être pas responsable) du but poursuivi par l'autre partie, du moment que l'illicéité de ce but n'a pas été *connue* en fait, *ni dû être connue* en droit. L'arbitraire du juge est de la sorte limité d'une manière objectivement assez précise ; mais M. Saleilles va même plus loin : selon lui, les nécessités de crédit, qui priment tout en matière de moralité juridique, interdisent l'annulation, à moins que 1^o le fait illicite ne fût, pour son auteur, délictueux, et que le fait d'y avoir collaboré en connaissance de cause ne constitue un cas de complicité aux yeux de la loi ; 2^o qu'il ne résulte

de faits, même extérieurs à l'acte, qu'il y avait connivence entre les deux parties, et que l'acte fait par elles n'était qu'un moyen de parvenir à un but commun illicite ¹.

Malgré cela, et quand même on adopterait le système de M. Saleilles ; la latitude laissée au juge paraît beaucoup plus grande que celle que lui accorde le système de la « volonté », car il n'est pas forcé pour refuser la sanction légale à un acte unique, anormal et manifestement contraire à la moralité publique d'inventer un raisonnement géométrique pour parvenir à ce résultat, et quelquefois sans y parvenir (cf. Endemann, § 103, note 9 et p. 441, 442 ; Kückenburg, Das B. G. B. für das deutsche Reich [Vorträge] p. 51, 52). Et c'est là en effet la grande originalité et, à notre sens, le progrès du nouveau Code allemand sur le droit français : au lieu de s'acharner à toujours découvrir une cause en vertu d'un système rationnel prédéterminé, on ne s'en occupe que lorsqu'elle vient à se manifester en heurtant les usages en cours constatés objectivement, et alors,

1. Il faut distinguer avec soin le but individuel pour lequel le contrat n'est qu'un moyen, et le moyen illicite dont l'emploi a pour but de faire accéder l'autre partie au contrat par pression, dol, violence, etc. ; ce dernier seul vicie le contrat dans ses éléments et sa formation. Dans un cas, le deuxième, le contrat est annulé comme résultat de procédés illicites, dans l'autre, le premier (beaucoup plus rare), comme procédé d'un résultat illicite.

si elle y contrevient trop ouvertement, on refuse à l'acte l'appui de la sanction légale, on l'annule. Mais c'est précisément par là que l'arbitraire du juge se trouvera très limité ; c'est par la fixation étroite des règles que devront enfreindre les particuliers pour que leurs actes soient illicites, et par l'obligation imposée au juge de se conformer à une notion particulière de l'illicéité, que la sécurité des relations juridiques sera assurée et les intérêts du crédit sauvegardés.

DE LA NOTION D'ILLICÉITÉ

L'idéal, en cette matière, est d'arriver à un critérium d'appréciation objectif, de manière à réduire au minimum l'arbitraire que l'on reproche au système allemand d'accorder au magistrat.

On avait proposé de déclarer illicite ce qui serait contraire à la *morale* et à l'*ordre public* ; mais, précisément, ces deux notions sont susceptibles de conceptions purement subjectives, et le juge pourrait forger, sous le nom d'ordre public, tout un corps de principes théoriques dont il tirerait soit des conséquences de pure logique verbale, soit des moyens propres à combattre des tendances politiques ou sociales en déclarant contraire à l'ordre public tout ce qui serait, ou contraire aux idées des gens au pouvoir, ou fait

par des gens hostiles au gouvernement ¹. Or, si un pareil état de choses blesse assez peu la majorité des consciences en France; en Allemagne, les auteurs du Code civil ont préféré ne pas laisser au juge le soin de créer lui-même un idéal de moralité privée; c'est pourquoi on lui a donné un critérium de constatation objectivement facile : les *bonnes mœurs*. Sera illicite tout ce qui les blessera; or, les bonnes mœurs sont susceptibles de constatation expérimentale.

Seulement, lorsqu'on parle de constatation objective des bonnes mœurs, il ne faut pas commettre l'erreur qu'avaient commise, lors de la discussion du projet de Code civil au Reichstag, les partisans de l'introduction dans les éléments d'appréciation du juge, d'un corps de principes supérieurs ou transcendants, sous le nom d'ordre public ou de morale.

Bien évidemment l'application des usages courants serait insuffisante pour la protection des principes les plus essentiels de l'ordre

1. Il faut noter qu'il y a une différence considérable entre les *bonnes mœurs*, c'est-à-dire les usages et les conceptions courantes de la moralité privée, et l'*ordre public*, pure conception juridique et même idéologique. Les principes relatifs à la liberté individuelle, à la liberté de conscience, à la liberté économique et industrielle, à celle du travail, des suffrages et des votes, sont en presque constant désaccord avec la réalité des faits et les usages en cours; d'où il résulte qu'il n'y a pas là, comme on l'a prétendu, deux points de vue complémentaires : l'un étant un idéal de moralité privée, et l'autre un idéal de moralité sociale, mais bien réellement contradictoires.

social ; c'est ainsi que les usages de commerce tendent (notamment dans les contrats de cession de fonds de commerce) à valider les clauses de prohibition de concurrence, que l'application logique du principe de la liberté du travail et de la concurrence doit faire annuler, ou tout au moins restreindre. Mais il ne s'agit pas de savoir ce que sont les usages, mais comment ils sont jugés ; car, en fait les bonnes mœurs sont déterminées par le *jugement* que la moyenne des honnêtes gens, porte sur les actes envisagés, et très souvent ce jugement condamne des usages fort répandus. Or, si le juge n'est pas fait pour déduire de principes abstraits par des raisonnements géométriques, des conséquences en apparence logiques et, en réalité, conformes à ses tendances sociales et à ses intérêts politiques (car les fameux principes fondamentaux, appliqués dans leur rigueur, aboutissent en général à des conséquences contradictoires entre lesquelles le juge a le choix) il est fait pour rendre aux gens de son temps *la justice telle qu'ils la conçoivent* et pour leur donner des solutions qui soient en conformité avec leur idéal moyen de la justice en la matière. Et dans ces conditions, on pourra toujours arriver à faire rentrer les atteintes à l'ordre public dans la notion d'atteinte aux bonnes mœurs : ainsi en sera-t-il, par exemple, du fait de disposer de sa

liberté individuelle ou de sa liberté de conscience directement ou indirectement, etc. ¹

Car, nous le répétons à la suite de M. Saleilles : c'est la conception que l'on se fait de l'honnêteté, et non la façon dont on la pratique, qui constitue ce que l'on appelle les « bonnes mœurs ». (Sal. *op. cit.* p. 281.) Mais alors, dirait-on, nous ne nous trouvons pas ici en présence d'un critérium expérimental, mais en réalité d'un idéal que rien n'empêchera le juge de reformer suivant ses conceptions purement théoriques : ce sera un idéal de moralité générale, soit ; mais ce sera toujours un idéal. (Cf. Jacobi *Rechtsitte und Sittlichkeit* dans *Ihr. Iharbücher* 1900, pp. 68 ss. p. 77 ss. p. 93). Erreur, il ne faut pas confondre l'idéal de moralité populaire et l'idéal de moralité juridique. Le peuple peut avoir un

1. *Non obstat* l'argument que les orateurs du parti socialiste avaient prétendu tirer, lors de la discussion au Reichstag, de la réglementation sur les contrats usuraires (que nous résumerons *infra*). S'il a fallu, disaient-ils, des règles spéciales sur ce point, c'est que les bonnes mœurs n'ont pas semblé suffisamment sûres par elles-mêmes ; et, en effet, elles tolèrent une quantité d'actes immoraux, ou tout au moins antisociaux ; d'où il résulte qu'un tel critérium est insuffisant, et qu'il faut une conception doctrinale dont le juge appliquera les conséquences logiques envers et contre tous. (Cf. Stadthagen, p. 41, ss.) La vérité est que les auteurs du projet avaient entendu simplement préciser une des conséquences, à tirer des principes légaux pour éviter une confusion possible entre le délit pénal d'usure, qui est un délit d'habitude, et le vice civil d'usure (art. 1382), qui annule les contrats *ut singuli*, dès lors que la lésion objective de l'une des parties est le résultat d'une volonté mauvaise chez l'autre, tendant à l'exploitation de l'individu.

idéal où tous les préceptes de morale fussent pourvus de sanction; mais cet idéal ne saurait être celui que le magistrat s'efforcera de réaliser. Il s'agit simplement, pour lui, d'une moralité pratique, de celle dont la violation vous attire le mépris des honnêtes gens et les reproches de votre conscience. Il ne s'agit pas pour le juge de savoir si l'acte envisagé aurait pu être meilleur; il s'agit de savoir s'il est suffisamment bon : c'est précisément le contraire de ce que désiraient les socialistes lorsqu'ils proposaient l'introduction sous le nom d'ordre public d'une série de principes fondamentaux dont le juge aurait appliqué les conséquences logiques : le juge qui voudrait être ou que l'on ferait un agent d'application « per fas et nefas » d'un principe général quelconque, qu'il vînt de droite ou de gauche, serait un agent d'anarchie morale et sociale. Le procédé logique est néfaste appliqué aux rapports sociaux; le juge ne doit pas être une machine au service des revendications de l'idéal d'une catégorie d'individus, il doit être l'arbitre entre les classes sociales. (Cf. Saleilles, *op. cit.*)

Le juge ne sera pas asservi aux usages, mais il ne devra porter la main sur eux que lorsqu'ils révolteront la conscience de tous, et de ceux qui en souffrent et de ceux qui en profitent. Les idées font leur chemin malgré les intérêts et les pas-

sions¹ ; car rien ne saurait s'opposer à elles, et il arrive un moment où celui qui profite d'un abus cesse de le considérer comme un droit légitime et en vient lui-même « in petto », sinon à le considérer comme tel, du moins à avoir des doutes sur la justice de ses agissements. C'est à ce moment que les esprits sont mûrs pour l'application d'un usage nouveau, et que le juge doit, en faisant usage de son rôle d'arbitre (en annulant l'acte) hâter l'éclosion de l'idée. En prononçant la nullité de l'acte, le juge forcera les parties à chercher une solution transactionnelle qui, étant plus équitable, fera cesser le conflit ; il aura été ainsi l'instigateur du progrès : « Le droit entre les mains du juge n'est pas autre chose qu'un instrument de progrès social. Sinon il n'est rien ; assurément pas une science, à peine un art digne de ce nom, et tout au plus une police. » (Saleilles, *ibid.*)

1. Soit, par exemple, dans un contrat entre employeurs et employés des clauses de style qui soient lésionnaires pour les employés en général. Dans le début, nul ne s'en aperçoit ; le juge seul s'en avise : peut-il annuler ? Non, évidemment. Un degré de plus, les ouvriers exploités récriminent ; les patrons, habitués à considérer ce régime comme normal et légitime, tiennent bon : le juge peut-il annuler ? Pas encore. Le dernier stade est atteint ; les patrons eux-mêmes en viennent à se demander si ces clauses ne sont pas, en réalité, lésionnaires, et si leur abandon ne serait pas juste ; seulement, leur intérêt leur conseille de faire taire la voix de leur conscience : alors le juge annulera ce contrat, que les uns n'observent que par nécessité, et les autres par désir de lucre, mais que tous condamnent en leur for intérieur.

Ce n'est pas là un rêve, car nous avons, en France même, un exemple éclatant d'un processus pareil. Au temps où fut rédigé le Code Napoléon on n'avait même pas l'idée du risque professionnel mais, plus tard, les tribunaux mirent, contrairement, c'était évident, à l'esprit général de la législation, la preuve à la charge des patrons, et ceux-ci y répondirent en organisant l'assurance industrielle, au lieu d'entamer une lutte où ils sentaient bien, eux-mêmes plus ou moins confusément, qu'ils n'avaient pas la justice de leur côté : l'intervention du législateur se trouvait ainsi préparée, et elle rencontra en somme peu de résistances quand elle revêtit la forme de la loi du 9 août 1898.

L'intervention judiciaire venant à son heure avait préparé la réforme légale, parce que l'idée était mûre, parce que le juge avait joué là son rôle véritable de conciliateur des intérêts en conflit. C'est là le véritable rôle du juge, car il doit rendre la justice au nom de la collectivité telle que la désire la collectivité. Non pas telle qu'elle la rendrait si elle avait à exprimer son opinion par voie de suffrages : « cette idée d'une justice soumise au système majoritaire est la plus antisociale et la plus antiscientifique qui se puisse rencontrer ». (Sal., p. 288, *op. cit.*) En effet, la collectivité ainsi consultée traduirait par son vote son idéal de justice supérieure, et cet idéal est

aussi extrinsèque à la conscience pratique du peuple que n'importe quel système philosophique subjectif. Or, vouloir appliquer un idéal supérieur extérieur à la conscience courante, terre à terre même, du peuple serait un anachronisme aussi grand que de vouloir faire rendre la justice au magistrat au nom d'un pouvoir supérieur de droit divin ou au nom de la volonté fossile d'un législateur mort depuis des siècles. Certes, le juge est le serviteur de la loi, mais il est avant tout celui de la collectivité qui l'a investi de l'autorité et du pouvoir pour *lui* rendre la justice, *sa* justice à *elle*, telle qu'elle la conçoit. Il doit donc faire de la loi ce qu'elle doit être : « l'expression de la conscience juridique et sociale de la collectivité » (Sal., p. 289), et pour le faire, il doit adapter la loi aux modifications de l'idéal social dont elle est la traduction, sans quoi, traducteur d'un texte mort, il n'est « qu'un grammairien et un gendarme ».

Et que l'on ne vienne pas dire que c'est faire table rase de la loi et livrer tout à l'arbitraire du juge et à l'insécurité des brusques évolutions de la jurisprudence. C'est des bonnes mœurs et de l'ordre public que le juge tient son pouvoir; or, l'un de leurs principes fondamentaux est le respect du crédit public : le juge ne devra donc pas les violer en interprétant les actes d'une façon qui s'éloignerait de l'interprétation que les

parties auraient dû tirer de la loi, suivant son sens apparent et les idées de justice sociale du moment. Toute interprétation du juge qui serait de nature à constituer une surprise anormale, portât-elle sur une constatation d'un idéal social ou juridique en harmonie avec la conscience de la collectivité, devrait être écartée si la loi et l'interprétation normale qui s'en dégage ne pouvaient permettre aux parties de s'attendre à pareille aventure. Ainsi donc, le juge ne peut modifier les solutions admises que : 1° s'il constate objectivement que cela est conforme à la conscience publique ; 2° si cela ne divorce pas tellement avec le sens que les parties pouvaient donner au texte de la loi qu'elles ne pussent s'y attendre en aucune façon dans ces conditions : si arbitraire il y a, il n'est pas à nos yeux bien redoutable et il sera moins encore à redouter si l'on tend chaque jour davantage, comme le préconise M. Saleilles, à remplacer les magistrats de profession à l'esprit encombré de conceptions abstraites, tels que les voudraient les socialistes, (cf. Stadthagen : das Arbeiterrecht p. 38 et s.) par des juges laïcs qui, pris dans le peuple, en pénétreront mieux la conscience et les idées, et auront, de plus, l'avantage, se renouvelant fréquemment, d'être moins facilement corruptibles ¹,

1. Le code civil allemand a fait lui-même une application pratique du critérium qu'il donne de la nullité pour illicéité à une

moins accessibles aux pressions de l'autorité ou aux « honneurs ».

LA NULLITÉ

Les conséquences naturelles de l'illicéité et en général de toute contravention aux prescriptions et règles légales est la nullité de l'acte ainsi fait.

catégorie spéciale de contrats : ceux qui contiennent une opération usuraire pour l'une des parties. (Pour le détail de la réglementation de la matière, voir l'ouvrage de M. Saleilles sous le 138².) Il prononce la nullité des contrats qui constituent une opération telle qu'aux yeux des honnêtes gens elle constitue un bénéfice exorbitant obtenu par l'une des parties « *cum alterius detrimento* », de telle sorte que la 1^{re} ait profité des circonstances pour exploiter l'autre, soit, par exemple : l'hypothèse d'un patron qui profite d'un chômage pour faire travailler des ouvriers en leur payant un salaire dérisoire. Il n'y a pas là annulabilité pour vice du consentement comme on a voulu le soutenir ; car : 1^o le texte du 138² allemand vise, non pas celui qui a employé des manœuvres pour parvenir à ses fins, mais qui a simplement profité des circonstances (« *sich..... versprechen lasst...* », s'est *laissé promettre* pour accepter des propositions que la nécessité seule avait fait réduire dans les proportions où elles l'ont été ; 2^o il envisage le délit civil dans celui qui en a profité, et non pas dans celui qui en a été victime, puisqu'il exige que l'acte, outre le fait qu'il se présente sous la forme d'une opération exorbitante aux yeux des honnêtes gens, ait été regardé par celui-là même qui l'a passé comme un moyen de profiter d'une occasion d'exploiter son prochain (Cf Holder, p. 305 et 307) (de telle sorte qu'on pourrait faire rentrer dans les cas de nullité par application de l'art. 1382, les contrats extorqués par la menace de l'exercice d'un droit d'ailleurs légitimé qui, pour cette raison, ne pourraient pas rentrer dans les cas d'annulabilité par violence).

En somme, ce n'est là, on le voit, qu'une application particulière du principe général édicté précédemment. Seulement, encore était-ce utile à dire à cause de la confusion qu'aurait pu créer la réglementation pénale relative au délit d'usure qui est un délit

La notion de la nullité est encore une de celles que les théories modernes dont le système de la déclaration est une forme doivent, en ramenant l'étude du droit à un point de vue plus objectif, sinon considérablement modifier, au moins considérablement simplifier et éclairer.

La notion de nullité

La majeure partie des jurisconsultes qui ont écrit sur le droit civil traitent de la nullité et en discutent comme d'un phénomène positif comme d'une entité juridique ce que Jellineck appelle une hypostase (c. f. Jellineck, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 15, 1892, chez Duguit, *op. cit.* p. 7) Et cela était naturel : habitués à considérer les phénomènes juridiques au point de vue subjectif et à leur croire une valeur propre

d'habitude, et à cause des habitudes d'esprit anciennes qui faisaient admettre et valider (et font encore valider en France) de tels actes au nom de l'intérêt du crédit et du principe de la libre concurrence, alors qu'on ne veut pas voir que le texte allemand n'atteint et ne peut atteindre que les actes déjà condamnés par l'opinion publique et « *in petto* » par celui-là même qui en profite de telle sorte que l'annulation de tels actes ne saurait porter atteinte au crédit. Par exemple : en ce qui concerne notamment les contrats de travail usuraire, ce que le patron doit accorder, ce n'est pas le salaire normal, mais ce qu'il aurait pu offrir eu égard à ses propres difficultés économiques et au droit légitime de profiter dans une certaine mesure des circonstances ; car ce qui est défendu, ce n'est pas de profiter des occasions, c'est d'en profiter pour *exploiter* autrui.

par eux-mêmes comme issus du principe de l'autonomie de la volonté (???), ils étaient naturellement conduits à envisager la nullité absolue ou relative comme un moyen de leur enlever tout ou partie de leur valeur et de leur efficacité. En les annulant, on leur enlevait leur productivité d'effets juridiques, c'est pourquoi on demandait au juge de *prononcer* la nullité (seulement, on avait, sous la pression de l'évidence, été obligé de créer la théorie de l'inexistence pour les actes informes et qui, manifestement, n'avaient aucune valeur juridique). Les théories modernes dont le système de la déclaration est issu tendent à changer tout cela : l'acte de l'individu une fois accompli a, objectivement, toujours la même valeur, et les phénomènes postérieurs, quels qu'ils soient, ne sauraient jamais ni au point de vue matériel, ni au point de vue social, ni au point de vue moral, la changer en rien. Pourquoi alors, au point de vue juridique, en serait-il autrement ? c'est que l'on s'est trompé sur la nature de l'acte juridique et que de ce fait que les législations accordent, en général, de nos jours, leur sanction aux actes des hommes qui se manifestent comme une traduction de leur volonté on a conclu que la volonté avait une valeur juridique propre, et que, par suite, lorsque l'acte accompli ne produisait pas ses effets, c'est que la loi lui enlevait son efficacité, *ce qui est précisément le contraire de la vérité.*

L'acte juridique est un acte quelconque de l'homme qui se présente dans des conditions que la société a prévues (par la voie législative), et à la réalisation desquelles elle a attaché la promesse de la mise de la force publique au service des droits qu'elle confère à l'auteur de l'acte envisagé ou à celui qui en est l'objet. Le législateur a, dans certains cas, prédéterminé et préorganisé les actes envisagés, restreignant étroitement la libre initiative des parties au point de ne reconnaître son efficacité que si elle se présente ni plus ni moins comme il a voulu (art. 1317, adjonction d'une condition à un mariage); dans certains autres, il a laissé libre cours à l'ingéniosité des parties dans la limite où l'acte projeté rentre dans les catégories juridiques dont il a prévu et défini les grandes lignes, et où il ne se heurte pas aux prohibitions légales. Mais, dans tous les cas, soit que l'acte soit étroitement prédéterminé dans ce qu'il doit être, soit qu'il le soit seulement dans son caractère général et dans les règles prohibitives spéciales qu'il ne doit pas enfreindre, sa productivité d'effets juridiques, *sa sanction* lui est conférée uniquement par la société conformément aux idées que s'est fait son législateur des nécessités à satisfaire. Dans ces conditions, de trois hypothèses l'une : ou l'acte réunit les conditions exigées, ou il ne les réunit qu'imparfaitement, ou enfin, il ne les

réunit pas. Dans le premier cas, il est valable, et il produit ses effets; dans le deuxième et le troisième cas, il est nul absolument ou relativement, c'est-à-dire totalement ou partiellement inefficace et dénué de sanction. Mais alors, pourquoi dire que le juge *prononce* la nullité absolue ou relative comme s'il enlevait à l'acte une vertu qui lui est propre?... Il est évident qu'il la reconnaît toujours. Son rôle consiste, après une recherche plus ou moins délicate des circonstances dans lesquelles l'acte s'est produit, à dire s'il réunit ou non les conditions nécessaires pour entraîner la sanction légale, et, par conséquent, si le débiteur apparent peut légitimement refuser l'exécution. Mais la prononciation de la nullité enlève-t-elle pour cela à l'acte accompli sa matérialité ou sa valeur morale? Non; le juge dit simplement que de l'examen des faits, il résulte que l'acte envisagé ne réunit pas les conditions auxquelles le législateur a subordonné la mise de la force publique au service des intérêts que l'acte avait pour but de faire naître ou de servir. En cela se résume toute l'intervention du magistrat; il accorde ou il refuse l'ordre qu'exécutera la force publique de prêter main-forte à celui que l'acte concerne activement ou passivement. Mais, nous le répétons, même dans l'hypothèse de l'annulabilité le juge *reconnait* toujours la nullité comme concomitante à l'apparition de

l'acte qui est soumis à son appréciation; car la nullité n'est pas un vice positif, une maladie de l'acte, pour ainsi dire; c'est une malformation, c'est l'absence de certaines qualités nécessaires, et si cette insuffisance est dénoncée par les intéressés¹ aux autorités, c'est-à-dire aux dépositaires de la force publique, ils seront appelés à examiner si réellement l'acte était ou non incomplet lors de sa naissance, et si la force publique ne doit pas être mise ou a été mise à tort en jeu pour sanctionner ses dispositions².

Cela ne veut pas dire que l'acte qui réunit toutes les conditions légales (ou qui paraît les réunir et contre qui personne ne réclame, ce qui revient au même) sortira toujours les effets sociaux que son auteur en attendait; mais, s'il ne les produit pas, cela proviendra de ce qu'il avait d'autres conditions à remplir postérieures à sa naissance, qu'il n'a pas remplies et faute desquelles il ne produira pas d'effet (par exemple,

1. Suivant que ces intéressés seront limités ou non à certaines catégories, que les conditions manquantes seront plus ou moins essentielles, et l'apparence de validité plus ou moins grande, la nullité pourra être dite absolue ou relative.

2. Car, en somme, tout est là, et, au point de vue objectif, le droit est un vain mot, qui n'a pas la force pour sanction. Le seul progrès de la civilisation est d'avoir remplacé la force individuelle par la force sociale, pratiquement irrésistible pour les particuliers. Or, nous étudions le droit uniquement au point de vue social, et il n'y a pour nous d'acte juridique digne de ce nom que celui qui aura pour effet de produire au profit de son auteur la mise de la force sociale au service de ses intérêts.

le défaut de preuve). Il y a encore là une espèce de nullité, car, en somme, la nullité pour un acte, c'est le fait de ne pas produire les effets qu'on en attendait; mais, comme il y a là une légère nuance, puisque cette nullité n'est pas congénitale, on l'appelle de préférence inefficacité : en fait, le résultat est le même; ses modes de production seuls varient.

Nous verrons ces idées appliquées par le nouveau Code allemand, d'une manière un peu hésitante et avec des tâtonnements, surtout dans la distinction entre les diverses catégories de nullités, précisément peut-être parce que cette nouvelle manière d'envisager la nullité n'est pas tellement révolutionnaire qu'on ne puisse malgré soi être entraîné à se servir des anciens concepts, il n'en reste pas moins vrai que les auteurs du Code allemand ont consacré, dans l'article 140, une conséquence très intéressante des idées que nous avons exposées ci-dessus et qui serait absolument injustifiable, si on ne considérait pas l'acte juridique comme un moyen *indifférent en soi* pour celui qui l'emploie d'obtenir un résultat économique que la société seule peut lui procurer en mettant sa force à son service ¹.

1. M. Saleilles, p. 328, *op. cit.*, semble soutenir une opinion contraire : « Ce que l'on peut dire, et encore d'une façon générale, au moins à titre d'indication générale, c'est qu'il faut voir, en

THÉORIE DES NULLITÉS DANS LE CODE
CIVIL ALLEMAND

*(Différence entre la nullité de l'acte juridique et la nullité
ou l'annulabilité de la déclaration)*

La notion de nullité — Art. 139 : « Lors-
qu'une partie seulement d'un acte juridique
est nulle, l'acte tout entier est nul, à moins

effet, dans la nullité, une intervention de la loi venant *supprimer* un effet juridique, qui, sans elle, se serait produit conformément à la matérialité de l'acte une fois réalisé...

La nullité suppose donc un acte ayant, du chef des parties, tous ses éléments substantiels matériels, et qui n'ait plus qu'à produire ses conséquences juridiques. *Celles-ci dépendent d'une reconnaissance légale, puisqu'il faut que la loi intervienne pour les faire exécuter; la loi se refuse à intervenir, c'est la nullité.*

On le voit, ces deux passages semblent contradictoires : cela vient de l'abus de l'usage des personnifications. La loi se refuse à intervenir ; mais la loi, ce n'est personne ; les actes des hommes n'ont pas de perfection matérielle ; ils sont ce qu'ils sont, rien de plus, rien autre chose ; seulement, étant ce qu'ils sont, ils sont ou non tels que le législateur les a prévus pour y attacher certaines conséquences sociales, et ils se présentent dans des conditions telles que ces conséquences se produisent ou ne se produisent pas ; mais ne venez pas nous dire : cet acte était parfait, seulement, il se présentait dans des circonstances telles qu'il est illicite, et que le législateur intervient pour en prononcer la nullité. Non, le législateur, eu égard aux circonstances, exigeait, en outre, des conditions ordinaires, la condition de licéité. L'acte ne la réalise pas ; il ne produit donc pas d'effet, il est nul : la nullité est une chose négative et non pas un vice positif. Elle ne change rien à la matérialité de l'acte ; il serait absurde que le législateur déclarât que ce qui a été n'a pas eu lieu ; mais ce qu'il peut faire, et ce qui a amené la confusion, c'est de dire que tel acte produira telles conséquences, et que, dans telles circonstances spéciales, il

qu'on ne doive admettre que l'acte aurait été tout aussi bien réalisé, même sans la partie qui se trouve nulle. » Cet article prouve bien à quel point de vue s'est placé le législateur allemand : l'acte n'est, pour l'individu, qu'un moyen d'atteindre un résultat économique ; dans ces conditions, il sera considéré comme nul suivant que les parties dont il est amputé le rendent ou non impropre pour le tout à réaliser le but qu'on lui avait assigné. Est nul tout ce qui ne satisfait aux prescriptions légales impératives ou prohibitives, qui ne remplit pas les conditions qu'il fallait remplir ou qui fait ce dont il fallait s'abstenir. Si, dans une déclaration, ce qui est

ne les produira plus ou devra réunir telles conditions particulières. On dit alors qu'il annule ; le terme nous importe peu, mais c'est toujours une condition qu'il pose au préalable, et à laquelle l'acte doit satisfaire dans l'avenir : son action n'est donc pas une intervention ; c'est, comme toujours, une condition que la société met à son activité. Mais d'annulation telle que certains auteurs semblent la concevoir, c'est-à-dire s'appliquant à un acte juridique antérieurement valable, nous ne la concevons que par une loi rétroactive, et cela est contraire à nos habitudes de raisonnement en matière de droit, et paraît également contraire aux nécessités de crédit qui ont fait édicter la « prescription » des nullités. Qu'est-ce, en effet, que la prescription, sinon le maintien du *statu quo* lorsque, pendant un laps de temps plus ou moins considérable, un acte qui manquait en réalité d'une des conditions plus ou moins essentielles exigées par la loi (licéité, connaissance adéquate (vice d'erreur), liberté (vice de dol ou de violence), a paru régulier et a obtenu comme tel le bénéfice de la sanction légale ? Si les nécessités de crédit peuvent faire maintenir ce qui n'était pas valable, *a fortiori* doivent-elles interdire d'invalider après coup ce qui était valable *ab initio* et dont l'efficacité n'était conditionnée par rien dans l'avenir.

nul est un élément essentiel, tout est détruit ; si, au contraire, ce n'est qu'un accessoire dont l'amputation ne change pas essentiellement le résultat final, le surplus qui n'était pas nul *per se* subsiste.

Après cela, comment, dans une déclaration donnée, le juge discernera-t-il (surtout, si la déclaration vise un acte unique mais complexe) quelles sont les parties dont la nullité ruine le tout, et quelles sont celles dont la nullité n'a pas cet effet ? Nous nous bornons à renvoyer à la longue étude de M. Saleilles sur ce point ; car elle ne nous paraît pas rentrer dans le cadre d'une étude purement théorique et spéculative comme celle-ci. Nous noterons toutefois, à ce sujet, qu'en ce qui concerne les contrats, le juge, en présence d'un contrat formé par deux déclarations abstraites, ne pourra faire tomber que celle qui est nulle par soi-même, sans pouvoir atteindre l'autre par voie de conséquence (sauf réserve des règles de l'enrichissement sans cause), à moins qu'il ne se trouve dans le cas de l'article 138, où ses recherches pour déterminer l'illicéité de l'acte ne sont pas limitées au seul contenu des déclarations, mais c'est là une exception, et, en général, les clauses dont la nullité pourra, par voie indirecte, entraîner la nullité de la déclaration entière ne sont que celles qui font partie du contenu exprès ou tacite de la déclaration.

Si, au contraire, nous nous trouvons en présence d'un contrat ordinaire, c'est-à-dire formé non de deux déclarations abstraites, mais de deux déclarations corrélatives, la chute totale de l'une entraînera évidemment celle de l'autre. Pour ce qui est de la nullité partielle qui, s'il s'agissait d'une déclaration unilatérale la laisserait debout, elle pourra avoir un effet désastreux, si ce point, bien qu'accessoire, a fait l'objet d'un accord spécial entre les parties, et l'on peut dire qu'en général, l'annulation partielle de l'une des déclarations ruinera le tout, à moins que celui qui demande le maintien du contrat, ne s'apointe à prouver et ne parvienne à établir que la clause annulée était considérée comme accessoire, également par les deux parties. Si cette clause accessoire est annulée pour illicéité et si elle est contenue dans un acte gratuit, la majorité des jurisconsultes allemands se prononce pour la nullité du contrat tout entier, alors même que les parties seraient convenues qu'au cas où la clause viendrait à être déclarée illicite, elle serait réputée non écrite, comme cela a lieu en France. Cette décision nous paraît juste, car si l'acte subsiste, le bénéficiaire se croira moralement obligé d'exécuter la clause illicite, et elle sortira effet de la sorte, contrairement au vœu de la loi. Mais il ne faut rien exagérer, et la règle de l'art. 139 reprendrait son empire si la clause

illicite n'avait avec l'acte qu'un rapport absolument secondaire et accessoire; car, s'il est vrai que, si la nullité pour illicéité ou immoralité de l'une des clauses devra, en général, porter à se montrer sévère pour l'ensemble, encore est-il que la nullité pour illicéité n'est pas, comme l'ont soutenu à tort certains auteurs, un vice objectif qui devra emporter la nullité de tout le contrat dès lors qu'un de ses éléments en sera atteint, mais, bien au contraire, une peine infligée à la volonté d'aboutir à un résultat immoral ou illicéité, volonté qui, seule (à la condition de se traduire par des actes), choque les bonnes mœurs, et qui, à ce titre, n'a pas besoin de se révéler dans l'acte lui-même, mais peut résulter de l'étude des circonstances qui lui sont concomitantes. De telle sorte qu'il n'y a pas lieu d'annuler le contrat dont une clause se trouve fortuitement être illicéité, si son ensemble est bon et licite en soi (la réciprocité étant d'ailleurs vraie.)

Lors donc qu'un acte juridique se trouve ainsi amputé d'une de ses parties par la nullité de celle-ci, quel sera le sort du surplus? Nous l'avons déjà indiqué : si ce qui en reste peut encore remplir le but que le sujet avait en vue, ces restes produiront leur effet puisque, en somme, les actes juridiques ne sont jamais voulus par leurs auteurs que comme des moyens, et que les moyens leur importent peu pourvu que le but

soit atteint. L'article 140 du Code allemand va même plus loin, et applique cette idée dans ses dernières conséquences : « Lorsqu'un acte juridique nul se trouve satisfaire aux conditions d'un autre acte juridique valable, ce dernier entre en vigueur lorsqu'il y a lieu d'admettre que, si l'on eût connu la nullité, cette substitution eût été voulue. » Il ne faudrait pas croire que ce soit là purement et simplement une application de l'article 139; car, tandis que ce texte prévoit seulement la chute d'une partie de l'acte, les autres demeurant intacts, l'article 140 prévoit que la chute d'une clause nulle entraîne la nullité de l'acte tout entier, tel du moins qu'il avait été qualifié, mais qu'alors, la volonté dont il procédait étant licite, le juge reprend dans les ruines de l'acte détruit les parties qui n'étaient pas nulles directement et « perse », pour en faire un acte nouveau, capable de servir les fins qui avaient fait accomplir celui qui n'est plus. On comprend qu'en présence de cette solution, de nombreux auteurs aient protesté, soutenant que le juge ne peut, avec les éléments qui subsistent d'un acte, en construire un nouveau différent de l'ancien, parce que le consentement qui a porté sur les causes subsistantes n'a certainement pas porté sur cette substitution imprévue. Il en résulterait que, de la sorte, on ne pourrait reconstituer le contrat faute de consentement.

Mais cette objection, logique dans le système où l'on considère le contrat comme le produit des volontés subjectives et comme leur fin en soi n'est plus exacte quand on considère le contrat comme formé selon le système de la déclaration par la pure correspondance, par la seule coïncidence objective des déclarations : dès lors, par conséquent, que cette coïncidence peut se retrouver et produire un résultat conforme à la volonté téléologique des parties dont le contrat primitif n'était qu'un moyen, il y a lieu d'admettre la substitution. C'est un principe admis, avec grande raison par le droit allemand, que la logique du but doit primer absolument la logique des moyens, et que c'est au juge qu'il appartient d'accommoder, si faire se peut, les moyens juridiques employés par les parties inexpérimentées à la réalisation des fins économiques qu'elles ont eu en vue; car il faut, avant tout, éviter que la volonté finale licite des parties ne se trouve pas réalisée par suite de leur inexpérience des moyens juridiques propres à obtenir ce résultat. [Cf. Planck, p. 191.—Cosack, p. 155.—Regelsberger, Pand., p. 638.]

D'autre part, il ne faut pas que l'habitude des raisonnements juridiques nous aveugle sur les faits ; la nullité n'empêche pas les actes matériels d'avoir été accomplis (cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 321), et, dès lors que ces faits ne sont pas par

eux-mêmes insusceptibles de conséquences juridiques, c'est-à-dire nuls, qui empêche que, considérés comme manifestation d'une volonté téléologique licite, s'ils ne peuvent la réaliser sous une forme, ils la réalisent sous une autre?

Bien plus, puisque la déclaration subsiste comme fait matériel, si ce fait est par lui-même générateur de conséquences juridiques, abstraction faite de celles de ses parties que la loi condamne et de la qualification que les auteurs lui ont donnée (laquelle n'est qu'un mot), pourquoi donc ce fait qui, nous le voulons bien, cesse d'être un *acte* ne produirait-il pas les conséquences qui résultent de sa nature comme fait, si elles sont conformes à la volonté finale dont il est le moyen? Leur refuser ces effets, serait, de la part du législateur, continuer à envisager le droit comme un corps de règles rigides et hiératiques, au lieu d'en faire ce qu'il doit être : la norme plastique de la vie sociale.

Il ne faudrait pas croire non plus que la règle édictée par l'article 140 déroge à ce principe que nous avons admis que le juge ne peut se livrer à aucune reconstitution de volonté en dehors de celle contenue dans les déclarations des parties ; le plus souvent, l'indication de la volonté téléologique dont la déclaration est le moyen ressortira du contenu implicite ou explicite de celle-ci, et dès lors le juge pourra appliquer la règle de

l'article 140. C'est à cette volonté telle qu'elle lui est révélée par la déclaration, *par la seule déclaration* que le juge devra s'attacher et faire produire effet indépendamment des moyens choisis.

Ce sera la déclaration même qui permettra la substitution ; car, d'une part, la volonté finale dont elle émane ressortant de la fonction de l'acte choisi par les parties et, d'autre part, l'acte substitué existant en puissance dans la déclaration (puisqu'on le tire tout entier de ce qui en subsiste), la substitution se trouvera réalisée tout entière avec les éléments téléologiques ou juridiques fournis par la seule déclaration et empruntés à son contenu lui-même.

Si donc il manque quelques-uns des éléments nécessaires à cette reconstruction ou si la volonté finale n'apparaît pas assez nette, le juge ne pourra pas suppléer ce qui manque, et l'art. 140 ne sera pas applicable ; il faudra donc que les éléments du contrat nouveau, s'il s'agit d'un contrat, soient fournis par l'ancien ¹.

On a fait, contre ce système, une objection qui paraît au premier abord très grave, mais

1. Ex. pratique: Contrat de ravitaillement, dans lequel on stipule, à titre indicatif, que la fourniture comprendra n. kilog. de biscuit de troupe; une décision de l'autorité remplace le « pain de guerre » par une autre denrée alimentaire qui se présente, par hypothèse, dans des conditions économiques aussi favorables ou plus favorables pour le fournisseur: le juge pourra maintenir le contrat avec ce changement.

qui en réalité ne porte pas : il vaudra mieux, dit-on, pour les parties qui se sont trompées sur le choix des moyens, avoir fait un contrat nul que d'en avoir fait un valable, parce que, dans ce dernier cas, vous défendez au juge de se livrer à une recherche de la volonté psychologique latente des parties.

Cela est fort vrai, mais c'est également vrai dans le cas précédent, où la déclaration est nulle : dans l'un et l'autre cas, le juge ne doit rien inventer, et, s'il change la qualification de l'acte, ce qu'il peut faire, que l'acte soit valable ou nul, il ne peut le faire que parce que la déclaration *elle-même* contient les indications nécessaires à cet effet et *dans la mesure* où elle les contient.

Le principe fondamental de la matière qu'il ne faut jamais perdre de vue, est en effet que, si la déclaration doit être interprétée de manière à atteindre le but final en vue duquel elle a été émise, du moins, cette interprétation ne doit jamais pouvoir causer une surprise aux tiers qui, ne connaissant que la déclaration et les circonstances concomitantes de sa production ne peuvent s'attendre à la substitution d'un acte à un autre qu'autant que la déclaration elle-même leur faisait prévoir cette substitution, où tout au moins autant que par cette substitution le résultat de la déclaration, s'il est changé au point de vue

de sa qualification juridique, pratiquement, à leur égard, ne se trouve pas modifié. On n'exigera plus, comme les théoriciens de la « volonté » le demandaient, que volonté des parties ait porté sur la substitution elle-même (c'est-à-dire sur le moyen) ; mais il sera toujours nécessaire que les éléments de l'acte nouveau et le but auquel il doit satisfaire, soient fournis par cette volonté et par cette volonté déclarée. Bien plus, s'il ressort de la déclaration que, la nullité a été prévue par les parties, le juge devra appliquer la solution qu'elles ont voulue : soit le retour au *statu quo*, soit la substitution d'un acte à un autre ; à moins toutefois que les parties n'eussent prévu la nullité d'une partie illicite de leur acte et n'en aient réglé les conséquences d'une façon telle qu'il en ressorte que la volonté téléologique était elle-même illicite, auquel cas tout sera nul et demeurera sans effet.

On voit comment la théorie de la déclaration a influé, dans le Code civil allemand, sur la notion de nullité et son étendue : nous allons voir comment elle en a également modifié les effets, ou plutôt les conséquences, car c'est une manière vicieuse de s'exprimer, que de parler des effets de ce qui n'est pas. La nullité est, en effet, nous l'avons dit, une chose négative : le fait, pour un acte, de manquer de certaines parties, de ne pas réaliser certaines conditions ; que l'on ait « brevi-

tatis causa » donné un nom à ce fait de n'être pas ce qu'il faudrait, soit ; mais de là à venir dire que la nullité « entre en vigueur » ou encore qu'elle « *existe* de plein droit par le seul fait qu'existe la cause qui l'a produit, » nous paraît être quelque peu un abus de langage. Le législateur allemand nous semble avoir évité cet écueil : il n'a pas perdu de vue que, s'il est vrai que les actes juridiques peuvent manquer plus ou moins complètement des qualités nécessaires à leur efficacité juridique, encore est-il que le vice est toujours le même et qu'il n'y a entre les différents degrés de la nullité qu'une différence quantitative et non qualitative, que de la sorte il n'y avait pas lieu de faire une distinction théorique entre l'inexistence, la nullité absolue et la nullité relative, mais qu'il y avait simplement lieu d'édicter, en fait, que, suivant que les conditions auxquelles l'acte ne satisferait pas seraient telles ou telles, ses effets seraient modifiés de telle ou telle façon. Qu'après cela les jurisconsultes appellent *inexistants*, les faits de l'homme qui, s'ils répondaient à la volonté chez leur auteur d'employer un moyen juridique, ne rentrent cependant dans aucune catégorie légale et par conséquent manquent totalement le but visé ; qu'ils appellent radicalement nuls ceux qui, s'ils réunissent bien quelques-unes des conditions légales manquent cependant de quelques autres tellement essen-

tielles qu'ils demeurent encore sans effet aucun ; qu'enfin on appelle seulement annulables ceux qui, se présentant d'ailleurs comme réguliers, (et, par conséquent, devant être tenus provisoirement comme valables par suite des nécessités du crédit), ne remplissent cependant pas d'une façon évidente certaines conditions dont l'accomplissement est difficile à constater, et dont l'absence ne peut être reconnue que par une certaine catégorie d'intéressés seuls admis à s'en plaindre. Soit encore !!... Mais cela ne change rien au caractère intrinsèque de la nullité, pas plus que ne peut le faire la variation des délais de prescription ¹ ; et, malgré les différences d'imperfection des actes : que ce soit l'imperfection grossière, qui saute aux yeux de tous, ou celle très délicate à connaître qui ne peut être appréciée que par quelques-uns ; la nullité reste toujours la même chose, à savoir, l'imperfection d'un acte par suite de laquelle il manque à produire les effets qu'on en attendait.

C'est pour cela que la nullité est toujours concomitante à l'acte et qu'elle est toujours, quoi qu'on en ait dit, *reconnue* et non *prononcée* ;

1. On conçoit fort bien que, suivant que la condition à laquelle l'acte ne satisfait pas était plus ou moins impérieusement exigée, plus ou moins importante au point de vue de l'intérêt social, les exigences du crédit n'empêchent de revenir sur les effets qu'il a produits qu'au bout d'un laps de temps plus ou moins considérable.

c'est pour cela, enfin, qu'elle produit toujours les mêmes conséquences, l'acte nul et l'acte annulé (après l'annulation) étant l'un comme l'autre destitués des effets qu'on en attendait (sauf ce qui est dit précédemment de l'article 140).

Nous voyons une preuve de la pénétration de cette idée dans le droit allemand dans ce fait que le nouveau Code civil n'admet, dans aucun cas, la ratification rétroactive de l'acte annulé ² (et que, d'autre part, la nullité la plus radicale d'en acte comme acte juridique ne l'empêche jamais de produire, comme fait matériel, toutes les conséquences juridiques prévues ou imprévues des parties que la loi a édictées, art. 140,

2. Nous disons l'acte *annulé* et non l'acte annulable parce que la confirmation de l'acte *annulable* prouve simplement que, s'il était douteux que l'acte remplît toutes les conditions requises, celui-là seul qui pouvait en juger (les causes d'*annulation* sont, en effet, subjectives au déclarant, estime qu'elles étaient remplies Cf., art. 143 Code allemand.

3. Nous avons intentionnellement omis de parler de l'inefficacité dont la nature n'est pas bien définie, parce que, probablement, le législateur allemand n'en a jamais eu aucune conception particulière qui fut bien nette. L'inefficacité est tantôt conventionnelle (elle ressemble alors un peu à notre condition résolutoire), tantôt légale (celle des contrats passés par les mineurs), de telle sorte qu'on ne peut lui appliquer toutes les règles de la nullité. Si, en effet, on peut contester l'application des articles 140, 141 à l'inefficacité légale, certainement il ne saurait en être question pour l'inefficacité conventionnelle. Il semble, d'ailleurs, dit M. Saleilles lui-même, que le législateur ait abandonné en cette matière à la doctrine le soin de décider, pour chacun des cas concrets, les règles qu'il y a lieu d'appliquer. Cf. Leonhard, §§ 95 et 9, et i 7p sur Windscheid 1, § 82

307, 122, Code civil allem.) C'est toujours l'application du même principe : la loi ne peut pas faire que ce qui a été n'ait pas été, et que ce qui n'a pas été ait été accompli, la réalisation ou l'inaccomplissement des conditions qu'elle avait imposées ne dépend pas d'elle ; son rôle est étroitement limité à sanctionner les faits eu égard à ce qu'ils ont été.

Cette idée ressort nettement des travaux préparatoires du Code allemand, où fut supprimé l'art. 108 du premier projet qui disait que l'acte nul était considéré, quant aux résultats juridiques voulus par les parties, *comme n'ayant pas eu lieu* (Cf. Leonhard.) Elle ressort encore de l'art. 141, C. A. : la confirmation ne produit effet qu'à sa date; les volontés privées n'ont pas pour domaine le passé, et elles ne sauraient rendre valable ce qui ne l'a pas été; tout au plus peuvent-elles, reprenant les déclarations qui avaient été faites, dire que, maintenant que la cause de nullité a disparu, ces déclarations correspondent toujours à leur volonté, laquelle peut maintenant sortir effet. Mais cela ne changera rien aux faits; et les tiers n'en seront pas atteints, tout au plus les *parties* pourront-elles s'obliger en matière de contrats par un contrat valable (les conventions sont libres en principe), réciproquement à tout mettre ou laisser en même état que si l'acte eût été valable *ab initio*; mais rien ne les empêche-

rait aussi bien de dire, lorsqu'elles passent un acte, que l'acte qu'elles font sera réputé fait entre elles à une date antérieure, cela n'implique nullement une survivance quelconque de l'acte nul, autrement que comme fait matériel ayant une teneur et une date ¹. Les formes de la confirmation seules varieront, suivant que les restes de l'acte nul seront ou non utilisables. Mais la nullité est toujours concomitante (sa notion même l'explique) à la passation de l'acte, et cela alors même que, pour une cause quelconque, elle ne serait découverte que plus tard : ce principe est consacré par l'article 142 du Code allemand, où il est dit que l'annulation produit les mêmes effets que la nullité dès l'origine même du contrat. En effet nous croyons avec Endemann, comme nous l'avons déjà dit, et comme M. Saleilles semble incliner à l'admettre, que l'annulabilité d'un acte en droit allemand est une nullité qui résulte de certains défauts de l'acte énumérés par la loi dont la recherche et l'appréciation sont laissées à une certaine catégorie d'intéressés. Dans ces conditions, la découverte de ces

1. Il convient de remarquer qu'un acte juridique, formé de déclarations de volonté, peut être nul sans que les déclarations qui le composent le soient elles-mêmes. et que la réciproque n'est pas vraie. Cela n'influe, d'ailleurs, en rien sur ce que nous venons de dire ; car, dès lors qu'un acte est nul : que ses ruines matérielles produisent les effets juridiques que leur nature comporte, cela ne change rien à sa nullité, puisque, ces effets, elles les produisent isolément et par elles seules.

défauts, une fois acquise et proclamée, l'acte sera nul pour tous ceux qui y ont collaboré ou qui en ont connu les vices; mais des nécessités de crédit exigeaient au contraire que les tiers qui n'ont pu connaître l'annulabilité ne soient pas préjudiciés par la découverte de ce fait que l'acte qui paraissait à tous régulier et produisait ses effets comme tel ne réunissait pas en réalité toutes les conditions exigées par la loi, alors surtout que la qualité défailante ne pouvait être connue desdits tiers ou tout au moins en fait ne l'a pas été.

C'est de ces considérations que provient la disposition équitable de l'art. 142 du Code allemand. Mais, en somme, le caractère de l'annulabilité n'a rien en soi de particulier, et la nullité reste dans tous les cas *la même chose*, et produit toujours *les mêmes effets*. (Si tant est qu'on puisse, sans abus de langage, parler de l'existence et des effets d'une chose essentiellement négative.)

Nous ajouterons, pour finir, un dernier trait, à cette ébauche de la notion de nullité telle qu'elle semble ressortir des règles positives admises par le Code civil allemand : le législateur germanique a appliqué une des dernières conséquences des principes que nous avons admis précédemment, à savoir : 1° que la nullité d'un acte ne l'empêche pas d'avoir été accompli matériellement ; 2° que l'auteur d'un acte

quelconque et spécialement d'une déclaration a, en le faisant, assumé la responsabilité de son initiative, et doit en supporter les conséquences. Seulement, alors qu'il aurait pu, conformément à la logique de la « déclaration », refuser ou restreindre le droit pour le déclarant de se prévaloir de la nullité; il a préféré, sans doute par timidité d'esprit, n'accorder que des dommages-intérêts à la victime de la nullité. Il faut même ajouter que, soit parce que les partisans du système de la déclaration n'ont pu, lors du vote, faire triompher les conséquences de leur doctrine que sur les points où les nécessités sociales évidentes imposaient leur adoption, soit, au contraire, qu'ayant adopté le système, on n'en a pas aperçu toutes les conséquences : en tout cas, la responsabilité contractuelle (sous sa forme pratique d'obligation à indemnité) n'a été admise que dans les cas d'annulabilité ou de nullité absolue pour impossibilité de l'objet, les autres cas étant laissés au domaine de la responsabilité délictuelle. Peut-être aussi voulait-on éviter de poser des principes juridiques abstraits, voire même de raisonner par voie de déduction, en vertu de principes *a priori* (ce qui à la rigueur peut, dans une large mesure, être évité lorsqu'on se livre à une œuvre de législation positive); peut-être enfin a-t-on cru tout simplement avoir prévu tous les cas pratiquement nécessaires. (Ce qui n'est pas très

loin de la vérité, et si, comme il est vraisemblable, on a voulu, sans admettre de distinction entre nullité ou annulabilité, sanctionner tous les cas où la nullité pouvait n'être pas objectivement apparente, il faut reconnaître que les cas non prévus sont rares.)

Toujours est-il que la liste des cas sanctionnés est incomplète, et que la victime d'une nullité si elle a presque toujours droit à une indemnité, pourra cependant être dans certains cas privée d'action. Mais il ne faut pas exagérer : lorsque, en effet, les deux parties auront eu ou pu avoir connaissance de la nullité, la question de dommages-intérêts ne se posera pas, et il en sera de même, en général, toutes les fois que la victime de la nullité la connaissait. (En cela, il y a peut-être une erreur, car, la victime d'un contrat nul pour exploitation usuraire devrait avoir droit à une indemnité, encore bien qu'elle eût connu la nullité de son contrat.) Toutefois M. Saleilles (*op. cit.*, p. 347) envisageant la question au point de vue spéculatif et citant d'autres cas où la victime de la nullité ne sera pas indemnisée, en droit allemand, en vertu des principes de la *culpa in contrahendo*, demande l'adoption d'une responsabilité attachée objectivement au fait de la déclaration nulle, dès lors que l'initiative en a été prise librement, sans que l'on ait d'ailleurs à établir aucune faute à la charge de l'auteur de cette déclaration.

Nous ne saurions mieux faire, sur ce point, que de nous ranger à son avis : la logique du système que nous avons soutenu jusqu'ici nous l'impose du reste. Toute idée de délit ou de quasi-délit doit, en effet, au point de vue rationnel, être bannie de la responsabilité qu'on doit imposer à l'auteur d'une déclaration pour le fait même de sa déclaration.

M. Saleilles, *op. cit.*, p. 351, à la suite de M. Duguit, a résumé la question d'une façon saisissante et magistrale : « Pourquoi vouloir faire dépendre tous les droits subjectifs d'un acte de volonté individuelle, comme si la volonté créait le droit ? Le droit est créé par un lien de concordance avec les exigences sociales, et, en ce sens, il est toujours objectif que l'on y voie un lien de solidarité ou un lien de moralité sociale peu importe : la volonté n'est un instrument de création juridique que dans la mesure où elle s'adapte à ces nécessités objectives supérieures qui sont l'élément créateur du droit. Et là où une volonté n'a pas entendu se plier à ces nécessités objectives, ce sont celles-ci qui la feront se plier à leurs exigences. La loi a une conception du contrat qui domine la conception que s'en fait la volonté individuelle. Là où cette dernière entre en rapport de contrat, elle doit accepter les exigences objectives imposées par la loi sociale, et, parmi ces exigences, se trouve la nécessité de

se porter garant de toute nullité dont on a assumé le risque. » On chercherait vainement à construire, pour justifier cette règle, comme le font certains auteurs, une acceptation par avance de sa responsabilité par l'agent : ce n'est pas parce que cette responsabilité a été voulue qu'elle est juste, mais parce qu'elle est juste et nécessaire qu'elle doit avoir été voulue ¹.

Mais, si l'on admet en vertu d'une idée de justice cette responsabilité pour non-conclusion ou avortement d'un contrat, on peut à bon droit reprocher au droit allemand d'en avoir fait varier l'admissibilité suivant les diverses catégories de nullités inventées par la loi positive, d'autant plus que ce ne sont là que des degrés différents d'un même phénomène : la nullité.

Est-il besoin de dire que nous demandons une solution beaucoup plus radicale que celle du droit allemand, et que, sauf dans les cas où il y aurait une véritable faute du titulaire de la nullité (auquel cas la question de dommages-intérêts délictuels se poserait) dans tous les cas où le récepteur de la déclaration en aurait connu d'avance la nullité, nous lui refuserions toute

1. (Seulement, cf. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 580 et s. : « le critérium de justice est singulièrement plus difficile à manier qu'une recherche de volonté pure et simple... » nous ne le croyons pas ; mais il faut distinguer la justice conception objective et la justice conception subjective ; cette dernière seule variant à l'infini, son emploi est aléatoire).

réparation d'un préjudice dont il a couru sciemment les risques; mais, dans tous les autres cas nous lierions purement et simplement le déclarant au sens objectif de sa déclaration. (Cf. nos explications *supra*, p. 71 ; cf. : Legros, Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats, Dijon, imp. Jacquot et Floret, 1900 ; — Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, p. 19, 20, 144 ; — Paul Aertmann, Die Volkswirtschaftliche Bedeutung des B. G. B., p. 33, 34.)

Le Code allemand, il est vrai, eu égard au système qui a présidé à son élaboration, ne pouvait sans doute pas admettre une théorie radicale dans un sens ou dans un autre ; seulement alors, il en est résulté que, les décisions positives étant seules connues, on ne peut connaître ni les prémisses ni les moyens du raisonnement dont elles sont la conclusion. M. Saleilles semble croire, dans son premier ouvrage (Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand, Paris, Pichon, 1890), que, dans le projet, le système qui reconnaît une force obligatoire à la volonté par soi seule, même sous forme unilatérale, avait prévalu ; dans le plus récent, il semble incliner à croire qu'on a fait, suivant les cas, prévaloir soit le système de la coexistence des volontés, soit le système pur de la déclaration... Nous croyons que là est la vérité : dans l'élabo-

ration du Code allemand, comme dans toutes les œuvres d'assemblées délibérantes, les décisions sont fragmentaires et laissent place à toutes les constructions juridiques. On a pu voir que nous aurions pu présenter la plupart des dispositions du nouveau Code allemand comme des conséquences de l'adoption du système pur de la déclaration ; alors que cela n'eût pas été absolument vrai. Car, si ce système explique mieux les solutions adoptées, cela n'est pas une raison pour admettre qu'il les ait inspirées *consciemment*. Ce qui est vrai, c'est que l'idée dont il procède était mûre ; son heure était venue, et, comme les nécessités sociales auxquelles le système de la déclaration a pour but de satisfaire, dont il est même le produit inconscient, (car l'homme croit souvent découvrir ce que les circonstances ambiantes de sa vie lui dictent) comme ces nécessités, dis-je, crevaient les yeux, on a, en proclamant le respect des anciens principes, admis des solutions qui leur sont contradictoires. En repoussant les partisans du système qui voulait faire de la volonté unilatérale la source des obligations, on a adopté, sans s'en douter peut-être, des règles plus révolutionnaires qui correspondaient aux principes du système pur *de la déclaration*. Siegel voulait forcer l'individu à faire honneur à sa déclaration « Verpflichtung im Vort zu bleiben », et Stobbe le reprenait, disant

qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre l'obligation de tenir sa promesse et celle de l'exécuter. On a repoussé les théories de Siegel, mais ç'a été pour lier, dans la plupart des cas, le déclarant à sa déclaration ; du moins en est-il ainsi dans les contrats (sous la simple condition suspensive d'une acceptation en temps de droit).

L'homme en effet croit inventer et appliquer des systèmes ; mais, s'il tient compte des faits, ce sont en réalité les nécessités de la vie qui lui dictent ses décisions et qui lui inspirent ses systèmes.

CONCLUSION

EFFETS DE LA DÉCLARATION CONTRACTUELLE : LA FORMATION DU CONTRAT

Nous en avons fini avec ce qui concerne la déclaration isolée dans le contrat : comment ces déclarations doivent-elles être mises en œuvre, et quand y a-t-il lieu de les émettre pour former un contrat sont des questions qui ont trait au problème de la formation du contrat, telle qu'elle est organisée par le droit allemand positif, et l'examen de ces problèmes ne nous paraît pas plus rentrer dans le cadre de cette étude que l'étude des différentes sortes de contrat et des différentes espèces d'obligations qu'ils produisent. Nous aurions cependant peut-être été tenté de l'indiquer, à titre d'appendice à cette étude, si précisément le défaut que nous reprochons au Code allemand n'avait atteint ici une acuité particulière. C'est le cas de dire qu'en quelque sorte, le législateur allemand « tradidit disputationibus eorum », et que, pour exposer le système de la mise en œuvre des déclarations pour la formation d'un contrat, il faudrait reprendre et discuter les

théories au milieu desquelles le législateur allemand s'est débattu : Aeusserungstheorie, Absendungstheorie, Empfangstheorie, Agnitionstheorie ou Vernehmungstheorie ont gardé leurs partisans, même après l'adoption par le projet de la théorie qui fixe la date du contrat au jour de la réception de l'acceptation par le pollicitant Empfangstheorie ¹, même après le vote des articles 145 à 157 du nouveau Code.

Nous avons déjà dit pourquoi nos préférences vont à l'Empfangstheorie comme plus conforme au système de la déclaration tel que nous l'avons exposé. Nous croyons, en effet, que le contrat est formé par le fait d'avoir échangé en temps de droit (cf. art. 146-149, C. A.) des déclarations d'engagement, qui, appréciées objectivement suivant les règles que nous avons exposées, se trouvent être de tout point concordantes (cf. art. 154-155, C. A.) ². La date de la formation du contrat sera celle où les obligations qu'il doit produire (et qui sont sa raison d'être) seront nées, c'est-à-dire le jour où l'acceptation sera parvenue au pollicitant ; car, à ce moment-là

1. Par suite de la nécessité (cf. nos explications sur la déclaration tacite), il a cependant fallu admettre dans quelques cas la date du jour de la prise de connaissance de la déclaration Vernehmungstheorie.

2. Ce dernier article *non obstat* ; car, si le point était accessoire, il l'était d'un commun accord, conformément aux principes admis sur les éléments essentiels de la déclaration.

seulement, les déclarations des parties sont parfaites toutes les deux et les parties liées réciproquement. Ce système fut-il adopté par le Code allemand ? On peut l'admettre sans invraisemblance ; car, lors des travaux préparatoires, on repoussa avec perte et fracas ceux des défenseurs de la théorie du Code de commerce allemand qui proposaient une transaction en fixant la date des effets du contrat non au moment de l'émission de l'acceptation (par une fiction de rétroactivité), mais à la réception, la date à laquelle devait être appréciée la formation valable de l'acte. Mais les controverses ne sont pas épuisées sur la matière, parce que, là encore, la difficulté est née de l'habitude de prendre la volonté du déclarant pour la cause sociale des effets de droit produits par la déclaration. On a vu se produire des explications extravagantes ; le problème apparaît cependant comme bien simple quand on le voit résumé par M. Saleilles (*op. cit.* I. p. 135). La difficulté, dit-il, vient de la faculté de rétracter l'acceptation comme en général toute autre déclaration simplement émise : « ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'acceptant, en émettant son acceptation, se lie également lui-même dans une certaine mesure, au même titre que l'auteur de l'offre, puisque s'il révoque à temps son acceptation, c'est-à-dire avant qu'elle soit parvenue à destination, sa révocation sera non

avenue, si elle ne parvient au pollicitant qu'après l'acceptation reçue, celle-ci, au moment où elle arrive, n'exprime plus, en fait, qu'une volonté révoquée, et *cependant le contrat se forme* ; c'est donc que, pour l'acceptant, son acceptation le lie d'avance, en ce sens qu'elle produira ses effets dès sa réception et indépendamment de toute révocation déjà émise. C'est le système admis pour l'offre elle-même, sauf que, pour celle-ci, l'effet obligatoire unilatéral dure pendant un délai déterminé (cf art. 147 à 149 C. A. N.), tandis que, pour l'acceptant, il n'y a obligation unilatérale à son encontre que jusqu'à la réception de l'acceptation, puisqu'à ce moment, le contrat se forme, et les obligations naissant du contrat se lient de part et d'autre... » Aussi est on étonné de voir M. Saleilles en arriver à cette conclusion : « Tout ce que nous voulions faire remarquer, c'est qu'il y a également en ce qui regarde l'acceptant, *une sorte d'obligation unilatérale de se considérer comme tenu* par son acceptation, alors même qu'il l'aurait révoquée si sa révocation arrive tardivement » !!! Est-il besoin d'insister ? et conçoit-on qu'un esprit comme le sien ait pu se contenter de cela ?? Nous ne nous l'expliquons que par une longue habitude de considérer les effets de droit comme nécessairement produits par la volonté de l'agent...

Combien, au contraire, si l'on se place au

point de vue objectif, au point de vue du destinataire, comme le demande la théorie de la déclaration, combien, dis-je, la même solution devient rationnelle et simple. La déclaration est émise volontairement; il en est de même quand, en droit pénal, l'acte criminel est accompli consciemment : si le destinataire n'est pas atteint, les effets de droit qui auraient pu résulter de l'acte ne naîtront pas à la charge de l'agent. Dans un cas comme dans l'autre, la volonté bonne postérieure pourra empêcher les effets de la volonté mauvaise, à une seule condition : c'est, non pas qu'elle ait existé, mais qu'elle ait été efficace, qu'elle ait produit à temps son effet inhibitif et que le destinataire n'ait pas été touché. La volonté n'est rien ; ses résultats *seuls* sont envisagés par la société. On voit combien, par ce moyen, la solution, juste selon nous, de l'Empfangstheorie (adoptée par le projet de Code allemand et, croyons nous, aussi par le Code définitif (non en vertu d'un système, mais sous la pression des nécessités sociales plus ou moins obscurément senties), se trouve expliquée logiquement. Et la matière se trouve du même coup déblayée de toutes les controverses et de toutes les subtilités destinées à accorder, avec les faits, des systèmes qui ne les prennent pas en considération.....

L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL DANS LE SYSTÈME DE
LA DÉCLARATION

Mais il y a plus: la théorie de la déclaration, n'est pas limitée aux contrats; elle s'étend à toute la matière des modes de création entre vifs des obligations par des procédés licites (les autres modes étant le délit et le quasi-délit), et elle peut expliquer sans fictions, d'une façon, croyons-nous, logique et simple, l'admission dans certains cas, par le législateur allemand, d'obligations nées de promesses simplement unilatérales. On a beaucoup discuté autour de cette question de savoir si le Code allemand avait ou non adopté ce principe de pure construction juridique en vertu duquel celui qui s'engage envers soi-même, par une déclaration verbale et publique, entend se considérer comme tenu par son engagement. (Cf. Siegel, Worms, etc., etc.) La difficulté venait surtout de ce fait que si, dans certains cas, il semblait avoir adopté cette doctrine, dans d'autres il la rejetait. Nous croyons tout simplement que les auteurs du Code allemand, placés d'une part entre la nécessité d'admettre, dans certains cas, des obligations qui ne résultassent pas d'un contrat, et, d'autre part, le danger que, s'ils posaient en principe que la volonté unilatérale est la seule

source d'obligation, les individus ne puissent, dans certains cas, se trouver tenus par une simple promesse équivoque ou en l'air (Brinz Pandekten, § 248, notes 40-42), prirent le parti de ne rien décider du tout en principe.

La solution du Code allemand consista, en effet, tout simplement à prévoir isolément les cas où l'on pourrait être tenu par une simple déclaration de volonté unilatérale et à en donner une énumération limitative. La difficulté, au point de vue législatif, était tournée, mais la doctrine ne pouvait esquiver le problème, qui demeurait entier.

Les partisans de « la volonté unilatérale » voulaient à toute force voir dans l'admission de ces cas isolés une adoption partielle de leurs théories; mais la vérité, même au point de vue rationnel, nous semble actuellement fournie par l'explication que propose la théorie « de la déclaration. » Il y a lieu de remarquer, selon nous, que, dans les cas sanctionnés par le droit allemand comme dans tous ceux que l'on cite soit en droit romain, soit ailleurs, on peut découvrir facilement (eu égard à l'état de la société qui sanctionnait la promesse unilatérale) un préjudice objectif pour des individus et pour la société comme résultat possible de la non-exécution par le déclarant de son engagement. C'est dans le but d'éviter ce préjudice que l'obligé est lié à sa déclaration; c'est donc la possibilité du préjudice qui est, là

comme ailleurs, la cause de l'obligation qu'entraîne la déclaration. C'était pour éviter la colère des dieux qu'on liait à son engagement celui qui avait fait un vœu, parce qu'on craignait que la colère divine ne s'étendît au peuple entier ; c'était pour éviter l'escroquerie des honneurs et assurer cette source de revenus aux cités que l'on obligeait l'auteur de la pollicitation « civitati ob honorem sibi decretum vel decernendum ¹. »

C'est pour des motifs d'équité, d'honnêteté ou d'utilité sociale (ou plutôt de l'un et de l'autre, car les deux choses sont connexes) que la législation allemande sanctionne la promesse de récompense « *auslobung* » (déjà obligatoire en droit romain, cf. Orelli inscript. n° 4319), la fondation, « *Stiftung* » et la souscription de titres au porteur.

Dans tous ces cas, on peut donc aussi bien fonder l'obligation du déclarant sur l'intérêt du destinataire que sur l'efficacité métaphysique qu'aurait la déclaration de volonté unilatérale par elle-même. Notre explication est peut-être simpliste ? nous nous en réjouissons ; car l'âme des foules est simpliste, et ce sont les peuples,

1. *Non obstat* argt de L. 3. D. 5012 : Pollicitatio vero (est) solius offerentis promissum, et ideo illud constitutum est, etc. ; *ibid.*, § 4 ; Si quis ex pollicitatione tradiderat municipibus rem vindicare velit repellendus est a petitione ; æquissimum est hujusmodi voluntates in civitates collatas pœnitentia non revocari...

non les jurisconsultes, qui *font* le droit : le droit, qui n'est que l'émanation de leurs idées produits elles-mêmes de leurs besoins. C'est la conclusion à laquelle nous voulons toujours en revenir, parce qu'elle explique la genèse de ce système que nous avons adopté et nous justifie d'avoir toujours refusé d'introduire dans la science sociale des notions de psychologie qui non-seulement sont ignorées de la foule, mais encore restent absolument étrangères aux conceptions qu'elle a de la justice et du droit, de *sa* justice et de *son* droit.

LE SYSTÈME DE LA DÉCLARATION DANS LE DROIT
EN GÉNÉRAL

Nous allons maintenant, après nous être efforcé d'exposer, au point de vue spéculatif, ce qu'est le système de la « déclaration », et quelles modifications les théories nouvelles dont il est issu peuvent faire subir à la notion de contrat; après avoir, en résumant le système du droit allemand, montré l'influence qu'il peut exercer sur la législation et les progrès qu'il a pu ou pourrait lui faire faire; terminer cette tentative d'explication rationnelle de faits dont la constatation expérimentale seule est indiscutable, en essayant d'indiquer très sommairement, en esquissant, et

cette esquisse, en égard à l'espace que nous laisse le cadre de cette étude ne peut être qu'une ébauche en esquissant, disons-nous, les répercussions qu'un changement de la conception du contrat en droit privé pourrait avoir sur les autres branches du droit, ou, plus exactement, en essayant de rattacher ce système au mouvement, à l'évolution générale qui se produit actuellement dans la science du droit. Ce sera là, croyons-nous, la meilleure manière de nous justifier du reproche que nous font certains auteurs, comme M. Meynial et Dereux, de ne changer que les conceptions théoriques sans rien modifier aux solutions pratiques. Nous avons déjà répondu à cette objection que cela même ne serait pas sans intérêt, si cette modification devait nous rapprocher de la vérité, mais en outre, nous allons tenter d'indiquer, si ce n'est déjà fait, la portée sociale des nouvelles conceptions juridiques dont le système de la déclaration n'est qu'une forme.

Pour ceux qui admettent que la loi est une sorte de contrat, non pas sous la forme naïve où l'admettaient Hobbes et Locke, mais sous la forme implicite admise par Rousseau et Blackstone, au 18^e siècle, l'admission du système de la déclaration est indispensable pour permettre au juge d'adopter les nouvelles méthodes d'interprétation de la loi ; pour lui permettre, n'ayant

plus à s'occuper que du sens que les générations actuelles peuvent donner au *texte*, à la *déclaration*, de négliger les recherches de volonté subjective et les fameux travaux préparatoires, dont on a pu dire avec raison qu'ils permettaient aux avocats de plaider tout ce qu'ils voulaient.

En réalité, nous ne croyons pas qu'il y ait jamais eu aucun contrat social ni implicite ni explicite, il n'y a pour nous qu'un fait : la société avec ses conséquences ; société dans laquelle nous ne croyons pas davantage que la volonté ait une valeur propre par soi-même et par soi seule ; il y a des effets juridiques, c'est-à-dire sociaux produits par la volonté, toutes les fois qu'une volonté individuelle se manifeste relativement à quelque chose qui intéresse la société, à quelque chose qui touche à la solidarité sociale. Si cette volonté a été contraire à l'intérêt social, elle produira des obligations délictuelles ou quasi délictuelles ; si elle lui était conforme les effets produits seront contractuels ou quasi contractuels. Dès lors, quand bien même la loi serait le résultat des volontés individuelles de tous les membres de la société, il n'en résulterait pas pour cela que cette volonté collective doive être indéfiniment recherchée par l'interprète, puisque la vie et le bon fonctionnement de la société passent avant tout. Cette recherche sera théoriquement étroitement

limitée par l'intérêt social et pratiquement écartée par lui ; car, le plus souvent, les recherches dans les travaux préparatoires ne servent qu'à tirer du texte des versions inattendues (ingénieuses !!), par conséquent nuisibles aux exigences du crédit, car les particuliers, n'ayant pas le temps de se livrer à de telles recherches, n'ont pu prévoir d'autre application de la loi que celle que leur compréhension naïve du texte semblait leur indiquer.

C'est à cela que tend le mouvement de la doctrine moderne : remplacer le point de vue subjectif par le point de vue objectif. Au point de vue moral ou intellectuel, l'individu existe peut-être isolément, ce n'est pas là notre affaire ; mais, au point de vue juridique, il n'existe que par rapport à la société et réciproquement. C'est de là que provient l'erreur de Schlossmann, le jurisconsulte allemand, qui, après une critique très vive mais très juste des méthodes actuelles, a voulu substituer, à la recherche de la volonté du législateur, et à l'application logique des principes et des textes, la recherche de l'équité et la mise en action par le magistrat des ordres de sa conscience. Il ne s'est pas rendu compte de ce fait que le sentiment de l'équité est une chose vague et imprécise ; que, si elle reste subjective, elle variera d'un individu à l'autre, et que, comme le disait Voltaire : « Ce qui est vrai dans

le faubourg Montmartre devient faux dans l'abbaye de Saint-Denis. Dieu ait pitié de nous ». Seulement, la portée de l'objection contre laquelle échoue Schlossmann se trouve considérablement diminuée, si, au lieu de livrer au sentiment de l'équité, à la conscience du magistrat le jugement des affaires qui lui sont soumises et l'interprétation des lois, on le confie à tous les membres de la société ; si l'équité que doit appliquer le juge est non pas telle qu'il la conçoit, mais telle que la conçoivent ses concitoyens : l'équité objective et non *son* équité subjective. Depuis des milliers d'années, les sociétés évoluent et se transforment, et probablement, elles continueront à évoluer et à se transformer dans l'avenir. A ces évolutions, il n'est pas un principe qui ait résisté ; il n'est pas une règle légale qui soit demeurée immuable ; s'il y en a qui admettent, et nous sommes de ceux-là, que la vérité nous sera connue dans un autre monde, et peut nous être révélée par une intervention supérieure, du moins tout le monde doit-il admettre, parce que c'est là une pure et simple constatation, que le juste et le vrai, en tant qu'ils sont humains, sont essentiellement relatifs et historiques. Pourquoi donc, s'il n'y a pas de justice ni de vérité absolues ici-bas, y aurait-il des principes et des règles légales dont on puisse tirer éternellement et à perte de vue des conséquences logiques qui

soient conformes aux intérêts de la société... cela est contradictoire. Si la vérité est historique, si ce qui est vrai aujourd'hui sera faux demain ou après-demain, parce que la raison humaine n'a de connaissance que du relatif et du fini, et que, la vérité étant absolue et infinie, tout ce que la raison peut faire, c'est de s'en approcher chaque jour davantage sans jamais l'atteindre. (C'est d'ailleurs là la condition *sine qua non* du progrès.) Ne semble-t-il pas dès lors absurde *a priori* de vouloir édicter des lois qui soient immuables comme le seraient celles dont le sens ne devrait être recherché que dans la volonté historique du législateur et son application à l'aide de déductions de logique verbale ? Sans aller jusqu'à supprimer la loi ou à ne lui accorder plus qu'une autorité de raison, comme étant l'œuvre de gens éclairés et impartiaux qui, opérant à loisir sur des idées générales, sont moins soumis aux influences contingentes, il faut lui rendre son véritable rôle : elle a pour but d'orienter les décisions de justice dans les cas douteux, de dire le droit dans les cas où le sentiment de la morale publique ne s'est pas prononcé. Mais elle vaut *par son texte*, non par la volonté qui l'a dictée ; elle tire son autorité des nécessités auxquelles elle donne satisfaction ; elle la tire surtout de la croyance qu'elle fait naître chez les individus qu'elle sera respectée et

appliquée ; c'est cette croyance qui, étant une des bases du crédit public, impose au magistrat, dans l'intérêt de la société dont il est l'agent, le devoir de ne pas rendre des décisions qui soient pour les particuliers des surprises et des pièges.

C'est en considérant la loi de ce point de vue que l'on arrive à ce résultat extraordinaire à première vue que la lettre en sera plus plastique et plus vivante que l'esprit (si, par « esprit » on entend seulement la volonté historique dont elle est issue). C'est de la sorte que des lois pourront continuer à être très très modernes dont la promulgation remontera à une époque fort reculée, parce que le sens de leur texte aura évolué en même temps que les conceptions et les besoins de la société qu'elles gouvernaient, parce qu'elles auront été adaptées à leur milieu par leur milieu lui-même, grâce à la substitution à la recherche de la *volonté* psychologique du législateur mort, de la recherche et de l'application du sens normal et vivant de sa *déclaration*.

Le mouvement dont est issu le système de la déclaration aboutirait ainsi à une synthèse de l'antagonisme ancien entre la législation coutumière et la codification : l'interprétation coutumière des textes législatifs.

Vu :

Le Professeur Président de la Thèse,
GUILLOUARD.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,
E. ZEVORT.

CAEN — IMPRIMERIE CH. VALIN

